

**UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO**



**A relevância constitucional do direito à moradia adequada nas  
remoções forçadas fundadas em questões ambientais**

**AGENOR GOMES PINTO NETO**

MESTRADO EM DIREITO  
ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO:  
CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

LISBOA  
2018

**UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO**



**A relevância constitucional do direito à moradia adequada nas  
remoções forçadas fundadas em questões ambientais**

**AGENOR GOMES PINTO NETO**

**MESTRADO EM DIREITO  
ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO:  
CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS**

Dissertação apresentada em sede do Mestrado Científico da Faculdade de Direito de Lisboa, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito na área de Ciências Jurídico-Políticas.

Orientador: Professora Doutora Ana  
Fernanda Ferreira Pereira Neves

LISBOA  
2018

## AGRADECIMENTOS

“Para ser grande, sê inteiro: nada  
Teu exagera ou exclui.  
Sê todo em cada coisa. Põe quanto és  
No mínimo que fazes.  
Assim em cada lago a lua toda  
Brilha, porque alta vive.”  
(Ricardo Reis)

Entregar-se por inteiro, a fim de alcançar um sonho, é uma tarefa impossível de se realizar sozinho. Nessa caminhada, todos que se importam contribuem à sua maneira: participando, incentivando ou, simplesmente, compreendendo o afastamento.

Após longo período de dedicação e ausência, chegou a hora de agradecer, como reconhecimento de que o verdadeiro sentido da vida é o amor que damos e recebemos do próximo, em suas mais variadas formas.

A Deus, por me dar vida e saúde e por povoar meu caminho com pessoas tão especiais.

À minha amada esposa Bruna, que com seu enorme coração e bondade, me ensinou o que é felicidade e companheirismo sem limites.

À Alice, que chegou e deu sentido às nossas vidas.

À minha mãe, professora e cúmplice de hoje e sempre.

Ao meu pai, certamente a pessoa que mais deposita confiança em mim.

À Ani e Gael, por me amarem e me compreenderem como sou.

Ao meu avô Pery (*in memoriam*), meu primeiro amigo.

À tia Nize Cardoso, pelo exemplo de retidão, caráter e conduta.

À minha madrinha e meu tio Ico, que me deram hombridade e tantos cuidados.

Aos meus familiares, por todo o carinho e amor, nas horas boas e ruins.

Aos meus amigos Gilmar, João Eduardo e Bortoni (*in memoriam*), cada um a seu jeito, por me darem tanto sem cobrar nada em troca.

Ao Rafael e à Claudia, amigos de Lisboa para a vida.

À professora doutora Ana Fernandes Neves, pelas aulas brilhantes e orientação segura.

À Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, pelo louvável incentivo ao desenvolvimento acadêmico de seus membros.

A Lisboa e aos lisboetas, que nos acolheram de braços abertos.

## RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar a relevância do direito à moradia adequada nas hipóteses em que o poder público pretende a remoção forçada de uma pessoa ou um grupo determinado, sob a alegação de violação ao ambiente ecologicamente equilibrado.

O que se pretende é a análise dos aspectos constitucionais desse fenômeno, considerando que é comum sua ocorrência, sem que o ordenamento jurídico traga uma previsão legal, regulando-o especificamente.

Tanto o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado quanto o direito à moradia adequada são reconhecidos pelo direito internacional, bem como são previstos como direitos fundamentais sociais, muito embora isso tenha ocorrido em momentos históricos distintos.

No mesmo sentido, as remoções forçadas não podem ser consideradas isoladamente. Sua correta análise exige a compreensão de que se trata de fenômeno coletivo, já amplamente estudado como tal.

Assumindo que, nesse contexto, é possível a colisão entre os dois direitos fundamentais mencionados, a técnica da ponderação surge como a alternativa metodológica mais adequada à solução da hipótese em estudo.

A ponderação de princípios admite duas modalidades: a abstrata, que busca a criação de *standards* aplicáveis à generalidade das hipóteses e a concreta ou *ad hoc*, que analisa uma incidência concreta e específica. Considerando-se que a análise apenas de hipóteses concretas pouco acrescentaria ao tema, no último capítulo realiza-se a ponderação abstrata entre o direito à moradia adequada e o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, nas hipóteses de remoções forçadas. Como resultado, uma vez que inexistem parâmetros já estabelecidos, sugeriram-se algumas proposições que, após debate doutrinário e jurisprudencial, possam vir a constituir parâmetros para a hipótese em estudo.

**PALAVRAS CHAVE:** DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA ADEQUADA, DIREITO FUNDAMENTAL AO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO, REMOÇÕES FORÇADAS, PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS.

## **ABSTRACT**

The present study aims to analyze the relevance of the right to adequate housing in cases where the public authorities intend to remove a particular person or certain group on the grounds of violation of the ecologically balanced environment.

The analysis will focus on the constitutional aspects of this phenomenon, considering that it is a frequent situation which the legal framework has not provided a prognosis, in a way of regulating it definitely.

The right to an ecologically balanced environment as well as the right to adequate housing are recognized by international law and both are foreseen as fundamental social rights, although the status has occurred at different historical moments.

The same applies to forced removals which cannot be considered solely. A correct analysis requires that one should acknowledge that it is a collective phenomenon already widely studied as such.

In this context, assuming that a conflict between the two fundamental rights above mentioned is likely to occur, the technique of weighting or balance of interests emerges as the most adequate methodological alternative to provide a solution to the hypothesis in study herein.

The weighting of principles accepts two categories: the abstract one which seeks to establish a standard that should be applicable to the majority of the hypotheses and the concrete or ad hoc that analyzes a concrete and specific situation. Considering that the exclusively focus on concrete hypotheses would not substantially add to the subject, in the last chapter an abstract consideration is performed between the right to adequate housing and the right to an ecologically balanced environment in the event of forced removals. Since there are no parameters yet established, suggestions have been proposed and after a doctrinal and jurisprudential debate they may constitute parameters for the hypothesis under study.

**KEY WORDS:** FUNDAMENTAL RIGHT TO PROPERLY HOUSING, FUNDAMENTAL RIGHT TO AN ECOLOGICALLY BALANCED ENVIRONMENT, FORCED REMOVALS, WEIGHTING OF PRINCIPLES.

## Sumário

|  |    |
|--|----|
| INTRODUÇÃO .....   | 8  |
| PLANO DE TRABALHO .....  | 10 |
| Capítulo 1 – O DIREITO À MORADIA ADEQUADA .....  | 11 |
| 1.1 – Previsões normativas internacionais .....  | 11 |
| 1.2 – Os sistemas constitucionais .....  | 14 |
| 1.2.1 – O direito à moradia adequada no continente europeu.....  | 14 |
| 1.2.2 – O direito à moradia adequada no continente americano .....   | 17 |
| 1.2.3 – O direito à moradia adequada nos continentes asiático e africano   | 21 |
| 1.3 – O conceito de direito à moradia adequada .....   | 25 |
| 1.4 – Repercussões jurídicas do direito à moradia adequada .....   | 29 |
| Capítulo 2 – O DIREITO AO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO .  | 35 |
| 2.1 – Previsões normativas internacionais.....   | 36 |
| 2.2 – A constitucionalização do direito ao ambiente .....  | 39 |
| 2.3 – O direito ao ambiente ecologicamente equilibrado como direito<br>fundamental .....   | 44 |
| 2.4 – Princípios constitucionais ambientais e desenvolvimento sustentável ....   | 50 |
| Capítulo 3 – AS REMOÇÕES FORÇADAS .....  | 77 |
| Capítulo 4 – CRITÉRIOS JURÍDICOS PARA A SOLUÇÃO DA TENSÃO ENTRE<br>DIREITO À MORADIA ADEQUADA E AO MEIO AMBIENTE<br>ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO NOS CASOS DE REMOÇÕES FORÇADAS<br>..... | 84 |
| 4.1 – Princípio da unidade da Constituição .....   | 86 |
| 4.2 – A ponderação constitucional como técnica adequada para a solução da<br>colisão entre direitos fundamentais.....  | 91 |
| 4.2.1 – Da distinção entre princípios e regras e da possibilidade de ponderá-<br>los .....   | 92 |

|  |     |
|--|-----|
| 4.2.2 – A dignidade da pessoa humana na ponderação de interesses .....   | 100 |
| 4.2.3 – O princípio da proporcionalidade .....   | 106 |
| 4.2.4 – A técnica da ponderação de interesses .....  | 111 |
| 4.2.4.1 – Identificação dos enunciados normativos em tensão .....  | 113 |
| 4.2.4.2 – Identificação dos fatos relevantes .....   | 116 |
| 4.2.4.3 - Etapa decisória .....  | 118 |
| 4.2.5 – Críticas à ponderação de interesses .....  | 123 |
| 4.2.5.1 – A ponderação de interesses como instrumento de enfraquecimento dos direitos fundamentais .....   | 124 |
| 4.2.5.2 – A suposta inconsistência metodológica da ponderação ..   | 125 |
| 4.2.5.3 – Ponderação de interesses e separação de poderes .....  | 126 |
| 4.3 – Critérios jurídicos para a solução das hipóteses de colisão entre os princípios constitucionais da moradia adequada e do ambiente ecologicamente equilibrado. .... | 128 |
| 4.4 – Proposta de parâmetros específicos aplicáveis à hipótese em estudo ...   | 137 |
| CONCLUSÃO .....  | 158 |
| Encerramento .....   | 163 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....   | 164 |
| JULGADOS .....   | 182 |
| TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS .....  | 182 |
| SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - BRASIL .....  | 182 |
| SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - BRASIL .....  | 184 |
| TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - BRASIL .....   | 185 |
| TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - BRASIL .....  | 186 |
| TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA - BRASIL .....   | 186 |

|   |     |
|---|-----|
| TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL -<br>BRASIL..... | 187 |
| TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – 3ª REGIÃO - BRASIL .....                | 187 |
| TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – 4ª REGIÃO - BRASIL .....                | 187 |
| TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – 5ª REGIÃO - BRASIL .....                | 188 |
| TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL .....                           | 188 |
| SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE PORTUGAL .....                   | 189 |
| TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO SUL DE PORTUGAL .....               | 189 |
| SUPREMA CORTE AMERICANA.....  | 189 |
| CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA .....                                 | 189 |
| TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPANHOL.....                               | 189 |
| CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS .....                               | 190 |
| CONSELHO DE ESTADO FRANCÊS.....                                     | 190 |
| CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION - ARGENTINA.....             | 190 |
| CORTE CONSTITUCIONAL DA ÁFRICA DO SUL .....                         | 190 |



## INTRODUÇÃO

As questões ambiental e habitacional assumem papel de extrema relevância na sociedade moderna, considerando-se que é tema central no ordenamento jurídico o respeito e a promoção da dignidade da pessoa humana das presentes e futuras gerações.

Contudo, historicamente, a preocupação com o atendimento das demandas sociais de forma sustentável é bastante recente. É ainda possível identificar que a compreensão e o estudo do problema habitacional foram anteriores à consciência do problema ambiental que estava sendo gerado.

Com efeito, no Brasil, os problemas relacionados à moradia começaram a ser relevantes no final do período imperial, com o processo de abolição da escravatura. Até então a questão era solucionada de forma privada, pois os proprietários dos escravos se preocupavam em fornecer a eles uma acomodação, embora absolutamente precária e desguarnecida dos mais básicos elementos necessários à dignidade. Com o fim da escravidão, essas pessoas passaram a procurar uma habitação nas vilas e cidades, que não tinham qualquer estrutura para atender a essa demanda.<sup>1</sup>

O processo de urbanização intensificou-se, sobretudo, a partir da década de 30, do século XX. Em 1950, o índice de urbanização do país era de 36%; em 1970, 56%; em 1991, mais de 76%; e atualmente o índice supera os 80%.<sup>2</sup>

A drástica urbanização e consequente adensamento populacional geram forte pressão à questão habitacional<sup>3</sup>. Em regra, o que se verifica é que, em razão de

---

<sup>1</sup> ROMANELLI, Luiz Cláudio. Direito à moradia à luz da gestão democrática. 2ª ed. Curitiba : Juruá, 2009. p. 38.

<sup>2</sup> Segundo dados do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em <https://serieestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=POP122>.

<sup>3</sup> O comitê dos direitos econômicos, sociais e culturais sobre países da América Latina e Caribe já deixou clara a grave crise habitacional em sua compilação de observações finais elaborada em 2004: “El Comité observa con preocupación que, según el informe del Estado Parte, al menos 42% de las familias viven actualmente en viviendas inadecuadas sin abastecimiento de agua suficiente, sin instalaciones de saneamiento ni recogida de basuras. También observa que el 50% de la población de las principales ciudades vive en comunidades urbanas no estructuradas (asentamientos y viviendas ilegales, como se señala en el párrafo 512 del informe del Estado Parte).” Disponível em <http://www.refworld.org/docid/4d8b25002.html>. Obviamente, a dificuldade de acesso a moradias adequadas não se limita ao caso brasileiro. Especialmente no que diz respeito aos países em desenvolvimento, os índices são alarmantes. A esse respeito ROMERO informa que 25% da população mundial não tem acesso a habitações dotadas do mínimo necessário à existência digna: “A formidable problem faces urban populations in developing countries today, as seventy- five percent “live in informal housing: dwellings which have been constructed without the required permission, without the full title to land ... [but] provide shelter to 1.5 billion people, or a quarter of the world's population.” ROMERO, Sean. Mass Forced Evictions and the Human Right to Adequate Housing in Zimbabwe. Northwestern Journal of International Human Rights. Northwestern University School of Law. Vol 5:2. p. 275.

dificuldades especulativas bem como da omissão estatal em desenvolver políticas públicas destinadas à promoção da moradia, as regiões de interesse ambiental – livres que estão da atividade especulativa – são ocupadas pela população de baixa renda, que ali estabelecem suas moradias.

Não obstante, o reconhecimento do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado como objeto de políticas públicas foi mais demorado, somente se verificando a partir da década de 70. Ainda assim essa questão era tratada de forma desarticulada dos problemas urbanos. Tratava-se a questão como se houvesse uma dicotomia: de um lado o ambiente, como domínio da natureza e de outro a cidade, como produto cultural e fruto da ação humana. Assim, os processos foram inversos. Os problemas urbanos deram origem a novos campos de conhecimento (urbanismo, planejamento urbano, sociologia e geografia urbanas e outros). Já em relação à questão ambiental, seu reconhecimento no campo científico precedeu a sua transformação em questão pública, cuja definição passou a ser objeto de disputas políticas por diversos agentes.<sup>4</sup>

Betânia Alfonsin, constatando as diversas formas de irregularidades presentes nos espaços urbanos, conclui que “(...) Uma das mais nefastas consequências desse processo de produção irregular das cidades é a degradação ambiental dos cenários urbanos. A falta de acesso regular a um espaço de radicação nas cidades leva a população carente a buscar alternativas junto ao mercado imobiliário ilegal, que atua quase sempre em áreas ambientalmente vulneráveis (justamente aquelas áreas “excluídas”, por suas características e gravames legais, do mercado imobiliário regular) loteando áreas de preservação ambiental como encostas e topos de morro, matas nativas e margens de mananciais e cursos d’água”.<sup>5</sup>

Contudo, o objeto deste estudo não está adstrito à questão urbana. Independentemente do ambiente em que se desenvolva, importam as remoções forçadas fundadas em questões ambientais que de alguma forma vulnerem o direito à moradia dos envolvidos.

---

<sup>4</sup> C.f. GONDIM, Linda Maria de Pontes. Meio ambiente urbano e questão social: habitação popular em áreas de preservação ambiental. Salvador: Caderno CRH, v. 25, n. 64, Jan./Abr. 20, p.p. 115/117.

<sup>5</sup> ALFONSIN, Betânia. O Estatuto da Cidade e a construção de cidades sustentáveis, justas e democráticas. Fórum de direito urbano e ambiental. v. 1, nº 5, Belo Horizonte, set./out. 2002, p. 459.

## PLANO DE TRABALHO

O estudo desdobra-se em quatro capítulos, seguidos de uma conclusão. No primeiro, objetiva-se estudar o direito à moradia adequada, apresentando-se o panorama normativo nacional e internacional, seu conceito, características, natureza jurídica e consequentes efeitos produzidos.

Já no segundo capítulo é apresentado o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, identificando-se o direito ambiental como ramo autônomo do direito e analisando-se as principais previsões normativas acerca do tema. A questão é tratada pela análise principiológica, já que os princípios constituem a ferramenta necessária à correta compreensão e aplicação da técnica da ponderação que será posteriormente analisada.

A seguir, no terceiro capítulo analisam-se as remoções forçadas, que são estudadas como um fenômeno que deve ser coletivamente compreendido, havendo um arcabouço jurídico que lhe é comum. Após a apresentação de seu conceito, características, formas de implementação e elementos normativos pertinentes, será avaliada sua conformidade com o ordenamento jurídico e sua vinculação com a fragilização de outros direitos fundamentais conexos aos estudados.

No quarto capítulo será apresentada a técnica da ponderação como solução metodológica que se considera mais adequada à solução da colisão entre princípios constitucionais, pautando-se sempre na promoção do princípio da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade. Suas particularidades, críticas recebidas e métodos de aplicação serão analisados. Após a distinção entre a técnica da ponderação *ad hoc* (ou concreta) e a abstrata, buscam-se sugerir *standards* – chamados de parâmetros especiais – para a hipótese da colisão entre moradia adequada e ambiente ecologicamente equilibrado nos casos de remoções forçadas, que serviriam como norte aos aplicadores do direito que analisassem casos concretos acerca desse tema.

Já na conclusão serão sintetizadas as principais proposições apresentadas ao longo do estudo para, posteriormente, fazerem-se as observações finais acerca da matéria.

## Capítulo 1 – O DIREITO À MORADIA ADEQUADA

No presente capítulo se buscará delinear o direito à moradia adequada para, uma vez feita essa delimitação, alcançar o seu real significado na interpretação da doutrina e jurisprudência constitucionais, bem como suas características e consequências jurídicas, lançando assim as bases para que se possam buscar as soluções adequadas para sua colisão com o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado.

### 1.1 – Previsões normativas internacionais

Embora o objeto de estudo do presente seja o trato constitucional da matéria, a análise histórica revela que a comunidade internacional foi quem primeiro se debruçou sobre o tema com maior atenção e profundidade, importando em reflexos posteriores no direito interno dos Estados.

Ademais, além da influência na formação da ordem jurídica interna das nações, tais reflexos assumem relevância pelo seu caráter universal. E não só: na maioria dos ordenamentos jurídicos, essas normas passam a integrar o sistema constitucional dos países signatários – através de cláusulas de abertura - e trazem um reforço importante aos direitos fundamentais já consagrados<sup>6</sup>.

O estudo do panorama normativo internacional é também relevante porque, em regra, as constituições silenciam quanto a uma definição direta e pormenorizada acerca do conteúdo e âmbito de aplicação desse direito.

A primeira norma jurídica internacional de grande relevância a abordar o tema foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>7</sup>, que em 1948 previu o direito à habitação em seu artigo 25<sup>8</sup>, cujo principal mérito foi consagrar e positivar o instituto sem, contudo, trazer uma regulação satisfatória na medida em que apenas menciona a existência do direito.

---

<sup>6</sup> No Brasil, o artigo 5º, §2º da Constituição da República assim dispõe: “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

<sup>7</sup> Disponível em [http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf).

<sup>8</sup> Art. 25: I) Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Embora com um lapso temporal de dezoito anos, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais representou grande avanço na matéria, pois a tratou com mais precisão e profundidade em seu artigo 11<sup>9</sup>, designadamente porque estabelece uma necessidade de melhoria contínua na qualidade de vida bem como estabelece que os Estados devam adotar medidas apropriadas para a consecução do direito.

No mesmo ano foi elaborado o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que, embora não aborde específica e diretamente a questão da moradia, traz o reconhecimento de inúmeros direitos relacionados. Foram consagrados o direito à vida (artigo 6º), vedação a tratamento degradante (artigo 7º), além da inviolabilidade do domicílio em seu artigo 17<sup>10</sup>.

A existência de grupos particularmente vulneráveis trouxe a necessidade de positivação reforçada de direitos fundamentais, estabelecendo até mesmo uma discriminação positiva. Nesse contexto, podem-se encontrar outras previsões do direito à moradia: no artigo 5º, d, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1968)<sup>11</sup>; no artigo 14, h, da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979)<sup>12</sup>; no artigo 27.3 da Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989)<sup>13</sup>; no Estatuto dos Refugiados (1951)<sup>14</sup> que traz a garantia de que o tratamento destes, no que diz respeito a alojamentos, seja tão favorável quanto possível e nunca menos favorável que o dispensado a outros estrangeiros; e no artigo 43.1.d da

---

<sup>9</sup> Art. 11: Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequando para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

<sup>10</sup> Art. 17: 1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.

<sup>11</sup> Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvIntElimTodForDiscRac.html>.

<sup>12</sup> Art. 14. H: “gozar de condições de vida adequadas, particularmente nas esferas da habitação, dos serviços sanitários, da eletricidade e do abastecimento de água, do transporte e das comunicações.” Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001393/139389por.pdf>.

<sup>13</sup> Incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro através do decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm).

<sup>14</sup> Incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro através do decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961. Disponível em [http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf?view=1](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1).

Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (1990)<sup>15</sup>.

Os instrumentos jurídicos referidos foram elaborados na forma de tratados e são vinculativos para os Estados que o ratificaram e para os aderentes.<sup>16</sup>

Passando ao âmbito regional, também é possível encontrar previsões normativas sobre o tema: na Carta Social Europeia (elaborada em 1961 e revista em 1996), que faz essa previsão em seu artigo 31<sup>17</sup>; na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, onde não está diretamente posto, mas deve ser extraído através de interpretação sistemática e, principalmente, pela existência de cláusula de abertura que permite incorporar àquele tratado outros, incluindo a Convenção Internacional sobre os Direitos Econômicos Sociais e Políticos<sup>18</sup>; na Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança (1990) em seu artigo 20; no Protocolo À Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, relativo aos Direitos da Mulher na África (2003) em seu artigo 16.

O protocolo de São Salvador não traz previsão expressa acerca do direito à moradia indicando que o sistema americano de proteção é bastante frágil nesse aspecto, apenas estabelecendo em seu artigo 11 que há um direito de todos a viver em um ambiente saudável e servido dos serviços públicos essenciais.<sup>19</sup>

No continente asiático ainda não há previsão normativa internacional que positive o direito à moradia adequada.

A análise sistemática do panorama normativo internacional revela, portanto, que apesar de já previsto expressamente desde 1948, o direito à moradia adequada ainda carece de trato mais aprofundado, elaborado e universal, que indique o estado ainda incipiente do direito<sup>20</sup>. Isso acarreta, conforme será visto, consequências relevantes no momento de sua aplicação prática, especialmente quando ponderado com outro direito fundamental.

<sup>15</sup> Disponível em <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/08/Conven%C3%A7%C3%A3o-Internacional-para-a-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Direitos-Humanos-de-todos-os-Trabalhadores-Migrantes-e-Membros-de-suas-Fam%C3%ADlias.pdf>.

<sup>16</sup> A verificação de quais Estados ratificaram um tratado pode ser feita através do sítio do Alto Comissariado para Direitos Humanos das Nações Unidas na internet: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/TreatyBodyExternal/Countries.aspx](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Countries.aspx)

<sup>17</sup> O instrumento jurídico referido é vinculativo para os Estados que o ratificaram: Albânia, Andorra, Armênia, Azerbaijão, Bélgica, Bulgária, Chipre, Estônia, Finlândia, França, Geórgia, Irlanda, Itália, Lituânia, Malta, Moldávia, Holanda, Noruega, Portugal, Romênia, Eslovênia, Suécia, Turquia e Ucrânia. Informação disponível em <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=163&CM=1&DF=10/5/2007&CL=ENG>

<sup>18</sup> Nesse sentido Christophe Golay e Melik Özden, *The right to housing, Part of a series of the Human Rights Programme of the Europe-Third World Centre (CETIM)*, pp. 13 ss.

<sup>19</sup> Esse tratado foi ratificado por Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname e Uruguai.

<sup>20</sup> Na formulação de Jessie M. Hohmann "...the right appears in major international and regional human rights covenants, yet its status as a human right is often greeted with skepticism" (*The Right to Housing:*

## 1.2 – Os sistemas constitucionais

Superada a análise do arcabouço normativo internacional, importa agora investigar como o direito à moradia adequada é tratado no âmbito interno dos Estados, ingressando mais especificamente no objeto do presente estudo, que pretende analisar o trato constitucional conferido à matéria.

Foi com o término da segunda grande guerra que se generalizou a introdução do direito à moradia nos textos constitucionais. Tal fato se deveu principalmente à necessidade de reestruturação dos países que foram devastados, panorama em que ganham especial relevo os direitos sociais.

Assim, é comum entre as constituições modernas que o direito à moradia adequada venha referido como um direito fundamental.<sup>21</sup>

Neste item 1.2 o que se pretende é analisar alguns sistemas constitucionais de tutela da moradia, através de um estudo comparativo que tem o objetivo de dar maior destaque aos méritos e lacunas de cada um dos textos constitucionais estudados, bem como às suas semelhanças.

Optou-se por reuni-los por distribuição geográfica, sendo feita uma análise mais aprofundada em alguns sistemas de maior relevância para o presente estudo.

### 1.2.1 – O direito à moradia adequada no continente europeu

Na Constituição francesa (1958)<sup>22</sup> não se verifica a menção expressa ao direito à moradia. Isso não quer dizer, contudo, que esse direito fundamental não seja reconhecido

---

*Law, Concepts, Possibilities – Introduction*, Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 146/2013, p. 1. Disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2247295](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2247295). Acesso em 27.01.2017).

<sup>21</sup> Em 2002 o Programa de Assentamentos Humanos das Nações Unidas publicou estudo, afirmando que as Constituições dos seguintes países regulam expressamente o direito à moradia: Afeganistão, Argentina, Armênia, Áustria, Bahraina, Bangladesh, Bélgica, Bolívia, Bósnia e Herzegovina, Brasil, Burkina Faso, Camboja, China, Colômbia, Costa Rica, Cuba, República Popular Democrática da Coreia, República Democrática do Congo, Comunidade da Dominica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Guiné Equatorial, Estônia, Etiópia, Fiji, Finlândia, Alemanha, Guatemala, Guiana, Haiti, Honduras, Hungria, Irã, Jordânia, Quirguistão, Mali, México, Namíbia, Nepal, Holanda, Nicarágua, Nigéria, Paquistão, Panamá, Papua Nova Guiné, Paraguai, Peru, Filipinas, Polônia, Portugal, República da Coreia, Federação Russa, Santa Lúcia, São Tomé e Príncipe, Seychelles, Eslováquia, Eslovênia, África do Sul, Espanha, Sri Lanka, Suriname, Suécia, Suíça, Peru, Ucrânia, Uruguai, Venezuela e Vietnã. *In Housing rights legislation Review of international and national legal instruments. United Nations Housing Rights Programme. Report No. 1. Series of publications in support of the Global Campaign for Secure Tenure, No. 05. United Nations Human Settlements Programme (UN-HABITAT) Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR). Nairobi, 2002.* Disponível em <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HousingRightsen.pdf>

<sup>22</sup> Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur.5074.html>

na ordem constitucional francesa. Na verdade, ele é extraído dos princípios norteadores da própria constituição – notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana - e de direitos fundamentais correlatos.

Nesse sentido é a jurisprudência daquele país, como se verifica na decisão nº 94359, de 19.01.95 do Conselho Constitucional Francês, onde ficou reconhecido expressamente que o direito à moradia é um valor constitucional diretamente fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que sem previsão específica na ordem interna<sup>23</sup>.

O modelo italiano traz preocupação com a dimensão protetiva, mas também estimuladora do direito à moradia, na medida em que seu artigo 47<sup>24</sup> estabelece o dever estatal de estímulo e proteção à poupança; regulação, coordenação e controle do crédito de maneira a estimular, entre outras coisas, a aquisição de habitação. Revela-se, portanto, claramente uma preocupação com o incentivo à realização desse direito fundamental.

Já o sistema espanhol traz uma proteção robusta ao direito à moradia adequada em seu artigo 47.<sup>25</sup> Está estabelecida expressamente sua relação com o princípio da dignidade na medida em que o artigo menciona “*una vivienda digna y adecuada*”, o que já traz em si exigências de realização do direito além da simples existência de um teto ou abrigo. Ressalte-se o uso da expressão moradia adequada, que conforme se terá a oportunidade explicar é utilizada pela maioria da doutrina, esclarecendo a necessidade de observância de outros direitos fundamentais correlatos, já que a moradia constitui importante reduto para exercício desses direitos.

Está prevista ainda a regulação pelo poder público da utilização do solo bem como o importantíssimo direito de participação da população nas decisões urbanísticas.

---

<sup>23</sup> A propósito, em seus considerandos 6 e 7 afirma: “(...) 6. *Considérant qu'il ressort également du Préambule de la Constitution de 1946 que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* ; 7. *Considérant qu'il résulte de ces principes que la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle.*” Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1995/94-359-dc/decision-n-94-359-dc-du-19-janvier-1995.10618.html>

<sup>24</sup> Art. 47. *La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito. Favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese.* Disponível em <https://lexscripta.it/codici/costituzione>.

<sup>25</sup> “Artículo 47: *Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.*” Texto disponível em <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>



Na ordem constitucional portuguesa, o artigo 65<sup>26</sup>, sob a rubrica “ habitação e urbanismo” traz ampla regulação sobre o tema. Prevê adequadas condições de higiene, conforto, intimidade pessoal e privacidade familiar. Estabelece ainda as responsabilidades estatais no sentido de que sejam: elaborados programas habitacionais; promovidas construções de moradias sociais; estimulado o acesso à habitação própria ou arrendada; estimuladas as iniciativas comunitárias tendentes a resolver os problemas habitacionais; adotadas políticas que favoreçam um sistema de renda compatível com o acesso à habitação própria; elaboradas regras de ocupação, uso e transformação dos solos urbanos; garantida a participação dos interessados na elaboração dos instrumentos de planeamento urbanístico e físico do território.

Dessa forma, a Constituição Portuguesa confere ampla proteção ao direito à moradia, imputando ao poder público o dever jurídico de respeito, proteção e promoção ao direito fundamental em estudo.

Considerando a relação de instrumentalidade que liga o direito à moradia adequada ao direito à proteção familiar, a menção a uma habitação destinada à família revela a íntima relação existente entre os artigos 65 e 67 da Constituição.<sup>27</sup>

Não obstante a dicção do artigo 65, a tese prevalente tanto na doutrina<sup>28</sup> quanto na jurisprudência<sup>29</sup> portuguesas é a de que, na condição de direito social, o direito à moradia adequada tem carácter programático, carecendo de atividade legislativa para que gere direitos subjetivos e ficando vinculado à reserva do possível.

Entretanto, mesmo o Tribunal Constitucional que considera programática a norma que positiva o direito à habitação, reconhece a possibilidade de tutela do seu conteúdo mínimo, tendo em vista sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>30</sup>

<sup>26</sup> Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 18/01/2018.

<sup>27</sup> O Tribunal Constitucional Português no ACTC n° 829/96, adotou essa posição ao julgar a possibilidade de um filho que morava no imóvel recorrer, na qualidade de terceiro interessado, de sentença de despejo proferida contra sua mãe. Nesse sentido afirmou no item 9 que “(...) o artigo 67° da Constituição pode ser visto em conexão estreita com o antecedente artigo 65°. Com efeito, é o próprio artigo 65° que faz referência a habitação destinada à família e que preserve a privacidade familiar. De alguma forma, neste contexto, repita-se, o direito à habitação é instrumental do direito à protecção da família mas, por isso mesmo, em relação a este constitui norma especial”.

<sup>28</sup> Por todos, MIRANDA E MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra, 2010, pp. 667/668.

<sup>29</sup> Essa foi a posição adotada pelo Tribunal Constitucional Português no Acórdão 131/92: “(...) Está-se perante um direito cujo conteúdo não pode ser determinado ao nível das opções constitucionais, antes pressupõe uma tarefa de concretização e de mediação do legislador ordinário, e cuja efectividade está dependente da chamada “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*), em termos políticos, económicos e sociais.”

<sup>30</sup> Ver a respeito o ACTC n° 322/00 do referido Tribunal, que afirma: “(...) fundando-se o direito à habitação na dignidade da pessoa humana (ou seja, naquilo que a pessoa realmente é – um ser livre com direito a viver dignamente ), existe, aí, um mínimo que o Estado sempre deve satisfazer. E, para isso, pode até, se tal for

Embora a Constituição refira expressamente que o Estado tem o dever de apoiar iniciativas privadas que pretendam realizar o direito à moradia adequada, vale ressaltar a observação de CANOTILHO e MOREIRA de que não se trata de responsabilidade subsidiária, cabendo ao Estado “igualmente uma responsabilidade básica na promoção de construção de habitações económicas e sociais”.<sup>31</sup>

Outro ponto essencial que deve ser destacado é o disposto no item 5 do artigo 65<sup>32</sup>, pois o direito de participação popular é elemento essencial para a solução de todo e qualquer conflito que envolva o Estado e violações ao direito à moradia adequada, sendo aspecto integrante da vertente defensiva desse direito fundamental.

Por fim, destaca-se ainda a proteção específica ao direito à moradia dos jovens<sup>33</sup> e dos idosos<sup>34</sup>, que mereceram tratamento destacado por parte da Constituição portuguesa, considerando a vulnerabilidade desses grupos.

## 1.2.2 – O direito à moradia adequada no continente americano

Nos Estados Unidos da América<sup>35</sup> não há uma previsão constitucional específica do direito em estudo<sup>36</sup>. Contudo, notadamente após a crise económica de 1929, iniciou-se um processo de preocupação com o tema que culminou com o *National Housing Act*, em 1934<sup>37</sup>. Criou-se a percepção de que o financiamento privado habitacional não era suficiente para satisfazer as necessidades do setor, que carecia de regulação e incentivo estatais.<sup>38</sup>

---

necessário, impor restrições aos direitos do proprietário privado. Nesta medida, também o direito à habitação vincula os particulares, chamados a serem solidários com o seu semelhante (princípio de solidariedade social); vincula, designadamente, a propriedade privada, que tem uma função social a cumprir.” Disponível em <http://w3.tribunalconstitucional.pt/acordaosV22/PesquisaAcordao.mvc/Details/322>

<sup>31</sup> J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira *in* Constituição da República Portuguesa Anotada, volume I, 4ª Ed., Coimbra Editora, 2007, pp. 835/836

<sup>32</sup> Art. 65. 5: É garantida a participação dos interessados na elaboração dos instrumentos de planeamento urbanístico e de quaisquer outros instrumentos de planeamento físico do território.

<sup>33</sup> Art. 70: 1. Os jovens gozam de protecção especial para efectivação dos seus direitos económicos, sociais e culturais, nomeadamente: (...) c) No acesso à habitação;

<sup>34</sup> Art. 72: 1. As pessoas idosas têm direito à segurança económica e a condições de habitação e convívio familiar e comunitário que respeitem a sua autonomia pessoal e evitem e superem o isolamento ou a marginalização social.

<sup>35</sup> Disponível em <http://constitutionus.com/>.

<sup>36</sup> MICHELMAN defende a existência de um direito constitucional a níveis básicos de direitos sociais, em texto clássico: : “persons in our country might have no only moral but constitutional rights to provision for certain basic ingredients of individual welfare, such as food, shelter, health care, and education” (MICHELMAN, Frank I. Welfare Rights in a Constitutional Democracy. In: Law Quarterly v. 3, 1979, p. 659)

<sup>37</sup> Disponível em [https://fraser.stlouisfed.org/files/docs/historical/martin/54\\_01\\_19340627.pdf](https://fraser.stlouisfed.org/files/docs/historical/martin/54_01_19340627.pdf).

<sup>38</sup> Segundo OTTO, Samira. Real Estate Policy in Brazil and Some Comparisons with the United States. California: Stanford (CID). 2015, pp. 11/12.

Na prática, o que se verifica é que os esforços do poder público estadunidense na área habitação se concentram em leis predominantemente estaduais de incentivo e políticas de financiamento.

Na constituição da Colômbia (1991)<sup>39</sup>, o núcleo da proteção ao direito à moradia está no artigo 51<sup>40</sup>. A primeira e mais evidente constatação é a menção expressa à necessária relação entre esse direito e a dignidade da pessoa humana que, frise-se, está positivada no artigo 1º da mesma Constituição. Verifica-se, também, a determinação de que o Estado promova o direito à moradia através da implantação de moradias de interesse social, estimulando financiamentos com prazos dilatados, bem como promovendo formas associativas de execução de programas com esse fim específico.

A Constituição do Paraguai (1992)<sup>41</sup> traz, em seu artigo 100<sup>42</sup>, previsão específica sobre o direito à moradia. Repete-se aqui a fórmula de vinculação entre esse direito fundamental e o princípio da dignidade da pessoa humana (que está expressamente reconhecido no preâmbulo e no artigo 1º da Constituição). Adotando fórmula parecida com a colombiana – o que não é de se estranhar, pois são produto do mesmo período e são ambos os países latino-americanos – prevê a atuação governamental na promoção de planos de moradia de interesse social e no incentivo a financiamentos. Merece destaque a menção específica ao dever de proteção aos vulneráveis economicamente.

A Constituição Argentina<sup>43</sup> não traz previsão específica acerca do direito à moradia. Contudo, com a reforma constitucional de 1994, o artigo 72, inciso 22, incorporou expressamente o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, entre outros, conferindo-lhes hierarquia constitucional. Graças a isso é possível reconhecer que o direito à moradia adequada integra expressamente a Constituição daquele país. Além disso, o direito à moradia

39

Disponível

em

<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>.

<sup>40</sup> “ARTICULO 51. Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda.” Disponível em <http://www.jurisciencia.com/vademecum/constituicoes-estrangeiras/a-constituicao-da-colombia-constitucion-de-colombia/582/>

<sup>41</sup> <http://www.bacn.gov.py/constitucion-nacional-de-la-republica-del-paraguay.php>.

<sup>42</sup> Artículo 100 - DEL DERECHO A LA VIVIENDA. Todos los habitantes de la República tienen derecho a una vivienda digna. El Estado establecerá las condiciones para hacer efectivo este derecho, y promoverá planes de vivienda de interés social, especialmente las destinadas a familias de escasos recursos, mediante sistemas de financiamiento adecuados.

<sup>43</sup> Disponível em <http://bibliotecadigital.csjn.gov.ar/Constitucion-de-la-Nacion-Argentina-Publicacion-del-Bicent.pdf>.

adequada foi expressamente reconhecido em alguns textos legislativos locais, em particular na Constituição da Cidade Autônoma de Buenos Aires<sup>44</sup> em seu artigo 31<sup>45</sup>.

No Brasil, a emenda constitucional 26, em 14/02/2000<sup>46</sup>, corrigiu a lacuna anteriormente existente e positivou expressamente o direito fundamental à moradia adequada.

Nos termos do artigo 6º

*Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)*

Entretanto, a ausência de previsão expressa não pode conduzir à conclusão de que anteriormente o direito à moradia adequada não integrava o sistema constitucional brasileiro. Isto porque, pela previsão inserta no §2º do artigo 5º da Constituição da República Brasileira<sup>47</sup> já haveria base para que se sustentasse até mesmo que o direito à moradia já integrava formalmente a constituição, considerando sua regulação em diversos textos internacionais já incorporados ao ordenamento jurídico, conforme já analisado.

Contudo, ainda que se adote a posição contrária, não se pode negar a condição de direito materialmente constitucional. Conforme analisado a posteriori mais detidamente, são apenas materialmente constitucionais os direitos quando garantem direitos básicos das pessoas e também aqueles que podem ser equiparados em importância ou objeto aos formalmente constitucionais.

Ademais, outros trechos da Constituição da República contribuem para aquilo a que se pode chamar de sistema de proteção à moradia, conforme se passa a analisar.

44

Disponível

em

[http://coleccion.educ.ar/coleccion/CD18/contenidos/informacion/leyes/constituciones/cp\\_cuidaddebsas.pdf](http://coleccion.educ.ar/coleccion/CD18/contenidos/informacion/leyes/constituciones/cp_cuidaddebsas.pdf).

<sup>45</sup> ARTÍCULO 31 - La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello:  
1. Resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos.  
2. Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva.  
3. Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones

<sup>46</sup> Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

<sup>47</sup> Art. 5º, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte

O custeio da moradia está expressamente disposto como uma das necessidades básicas que deve estar satisfeita pelo valor do salário mínimo nacional<sup>48</sup>. E não é só. O artigo 23, IX, confere competência comum à União, Estados e Municípios para a realização de programas de construção de moradias e saneamento básico<sup>49</sup>.

Ademais, ainda que não expressamente, o direito à moradia também é extraído das referências à função social da propriedade (artigo 5º, XXIII, e artigos 170, inciso III e 182, §2º)<sup>50</sup>.

Nas previsões de usucapião especial urbano e rural, novamente o texto constitucional tutela a moradia, uma vez que estabelece prazos reduzidos para a aquisição da propriedade para aquele que comprovar a posse para fins de moradia<sup>51</sup>.

Também, como não poderia deixar de ser, o direito à moradia adequada deve ser considerado uma consequência natural do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, da Constituição da República.<sup>52</sup>

---

<sup>48</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

<sup>49</sup> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

<sup>50</sup> Essa é a posição de Ingo Wolfgang Sarlet em *O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia* in *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*. Belo Horizonte, ano 1, n. 2, jul. / set. 2003, pp. 65-119.

<sup>51</sup> Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade

<sup>52</sup> Com efeito, modernamente se considera que todo homem é um fim em si mesmo, não servindo como meio de concretização de projetos alheios. Por isso não pode ser substituído, sendo dotado de um valor absoluto que se chama dignidade. BARROSO adverte que a dignidade da pessoa humana é um valor moral que, absorvido pela política, tornou-se um valor fundamental dos Estados democráticos. Na sequência histórica, tal valor foi progressivamente absorvido pelo Direito, até passar a ser reconhecido como um princípio jurídico, o que ocorreu notadamente após a segunda guerra mundial. De sua natureza de princípio jurídico decorrem três tipos de eficácia: a eficácia direta (significa a possibilidade de se extrair uma regra do núcleo essencial do princípio); a eficácia interpretativa (que servirá, ademais, como critério de ponderação na hipótese de colisão de normas); e a eficácia negativa (que paralisa, em caráter geral ou particular, a incidência de regra jurídica que seja incompatível – ou produza, no caso concreto, resultado incompatível – com a dignidade humana). In BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 14, n. 76, nov./jun. 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/52440>>. Acesso em 21/01/2018. E é justamente da referida eficácia direta que é possível extrair a relação entre direito fundamental à moradia, ligando-o à ideia de proteção dos valores sociais e de adequados padrões de vida, garantidos como conteúdos mínimos da dignidade da pessoa humana, também segundo o autor citado.

Por essas razões, é razoavelmente pacífico na doutrina<sup>53</sup> e jurisprudência<sup>54</sup> que o direito à moradia adequada já integrava a ordem constitucional brasileira antes mesmo do advento da emenda constitucional nº 26.

Por fim, é de relevo observar que a preocupação constitucional com fatores relacionados à moradia (como é o caso do saneamento básico, saúde e transporte) conduz à conclusão de que o que se encontra tutelado não é o direito a um simples abrigo, mas, antes, a uma moradia adequada.

### 1.2.3 – O direito à moradia adequada nos continentes asiático e africano

Embora não seja o objeto do presente trabalho a análise aprofundada do tema em direito comparado, considerou-se importante a menção a dois ordenamentos jurídicos – um asiático e um africano – não apenas pela relevância que assumem mundialmente, mas também como forma de registrar a existência e o desenvolvimento do direito em estudo em todo o mundo.

A Constituição Indiana<sup>55</sup> não traz previsão específica sobre o direito à moradia, mas a menção a este sistema constitucional é feita em razão de sua relevância no cenário mundial, conforme destaca a doutrina.

Não obstante a omissão constitucional sobre o direito à moradia, a Suprema Corte deste país reconhece-o como decorrência do direito à vida, inserido no artigo 21 do mesmo diploma. HOHMANN<sup>56</sup> informa que a jurisprudência indiana construiu, através da interpretação do citado artigo 21, um discurso de conexão entre os diversos aspectos do

---

<sup>53</sup> Nesse sentido, por todos, PAGANI ao afirmar que: “Antes da inclusão do direito à moradia como direito social constitucionalmente protegido já existia, ainda que de forma indireta, o reconhecimento à moradia em outros dispositivos da Carta Magna, o que acredita-se ter servido de base legislativa para o reconhecimento da necessidade de legislar à moradia como direito social, bem como, posteriormente, instrumentalizar o poder público de meios legais para solucionar os problemas em volta dos assentamentos urbanos, que representam um verdadeiro caos social.” ( Elaine Adelina Pagani. O Direito de Propriedade e o Direito à Moradia: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia. EDIPUCRS, Porto Alegre, 2009, pp. 123/124).

<sup>54</sup> Cf. Resp 213422/BA julgado em 19/08/1999, onde o Superior Tribunal de Justiça também relaciona sua existência com o princípio da dignidade da pessoa humana, antes da inserção formal desse direito na Constituição pela emenda já referida. Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199900406974&dt\\_publicacao=27-09-1999&cod\\_tipo\\_documento=](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199900406974&dt_publicacao=27-09-1999&cod_tipo_documento=). Acesso em 21/01/2018. Em idêntico sentido o TRF 3ª região no AI nº 1999.03.00.010037-1 onde decidiu sobre a constitucionalidade de execução extrajudicial de imóvel com base no decreto – lei 70/1996. Julgado em 29/06/1999. Disponível em <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento?processo=199903000100371>.

<sup>55</sup> Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/India\\_2016?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/India_2016?lang=en).

<sup>56</sup> É o que informa Jessie Hohmann em *The Right to Housing. Law, Concepts, Possibilities*, Portland, 2013, p. 108 - 119.

direito a uma vida digna (incluindo-se nesse contexto a moradia adequada) e que sua abordagem exerceu forte influência na comunidade internacional, contribuindo para a valorização e reconhecimento da necessidade de se encarar o direito em questão a partir de uma perspectiva que o relacione com os demais direitos fundamentais<sup>57</sup>.

Tratando do continente africano, a constituição da África do Sul<sup>58</sup> é apontada pela doutrina como um dos exemplos mais felizes no trato do direito fundamental à moradia adequada.

Não por acaso – conforme se verá mais adiante – ela consagra a fórmula tão adotada nas constituições ao redor do mundo e nos textos internacionais, ao determinar que os três poderes do Estado têm o dever de respeitar, proteger e promover o referido direito<sup>59</sup>.

Como já destacado, o sistema internacional de proteção dos direitos humanos tem servido de reforço à proteção dos direitos fundamentais. Assim, a proteção da dignidade da pessoa humana se fortalece quando existe essa relação mais estreita.

A esse propósito, há uma característica peculiar que faz a constituição Sul Africana merecer maior atenção de parte da doutrina constitucionalista: os direitos fundamentais recebem uma interpretação conforme o direito Internacional.<sup>60</sup> Essa relação estreita com os direitos humanos gera um reforço à proteção da pessoa humana<sup>61</sup>. É possível atribuir-se esse fato às particularidades históricas daquele país<sup>62</sup>.

<sup>57</sup> Assim, especialmente a partir dos anos 70, a jurisprudência da Suprema Corte Indiana tem funcionado como vetor de promoção e incremento de direitos fundamentais (como o direito à saúde, moradia, trabalho, educação e privacidade), muitas vezes através de abordagens consideradas pioneiras e com viés francamente ativista.

<sup>58</sup> Disponível em <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/theconstitution/english-2013.pdf>.

<sup>59</sup> Em relação ao direito à moradia a constituição sul africana prevê que: “1. Toda pessoa tem o direito de ter acesso à moradia adequada. 2. O Estado deve tomar medidas legislativas e outras razoáveis, dentro de seus recursos disponíveis, para alcançar a realização progressiva deste direito. 3. Ninguém pode ser despejado de sua casa, ou ter sua casa demolida, sem decisão da justiça feita depois de considerar todas as circunstâncias relevantes. Nenhuma legislação pode permitir despejos arbitrários. (Seção 26)”

<sup>60</sup> “39. Interpretation of Bill of Rights”. (1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum - (...) (b) must consider international law”.

<sup>61</sup> Embora se tenha escolhido o exemplo sul-africano, a abertura ao direito internacional é uma tendência do constitucionalismo moderno. Apenas, as limitações impostas a trabalho dessa natureza impedem que se pretenda aqui estudar um grande número de ordens constitucionais. A fim de ilustrar a ocorrência do fenômeno, veja-se os §§ 11 e 12 do acórdão 318:514 da Corte Suprema de Justicia de la Nacion (Argentina) onde se considerou que, como os tratados tem força constitucional naquele país, as interpretações e julgados do Tribunal Interamericano também tem hierarquia constitucional. Disponível em <http://www.derechosydemocracia.com.ar/2014/05/1-girol-di-horacio-fallos-318514-corte.html>

<sup>62</sup> Por se tratar de hipótese bastante peculiar, cabe aqui um breve registro sobre a história recente daquele país, traçando-se um paralelo com o desenvolvimento de sua constituição. É notório que a partir de 1948, com a chegada do Partido Nacionalista ao poder através de Daniel F. Malan, o regime do apartheid começou a vigorar na África do Sul. Era o início de um regime que permitiu a violação sistemática de direitos fundamentais, com a legalização da segregação política, social, econômica e até mesmo sexual com base em critérios raciais. Com efeito, as leis proibiam que os negros frequentassem ambientes destinados aos brancos (como prédios públicos, bancos ou até mesmo banheiros). Os registros eram feitos através de critérios raciais e serviam para restringir a circulação dos negros, que não podiam acessar as cidades destinadas aos brancos, ficando confinados nas townships, que eram áreas distantes e sem qualquer infraestrutura, sempre superlotadas e distantes dos centros



Após a adoção de uma Constituição interina no ano de 1994 com o objetivo de permitir a transição entre o regime do *apartheid* e o estado democrático de direito que o seguiu, em 1996 foram concluídos os trabalhos de elaboração da constituição definitiva que veio a entrar em vigor em 04/02/1997. Essa nova Constituição trouxe inúmeros progressos em relação à sua antecessora.<sup>63</sup>

Foram então consagrados vários direitos fundamentais sociais, entre os quais o direito à habitação.

Outro avanço importante foi a inserção de um regime mais rigoroso para a restrição de direitos fundamentais, apontando a dignidade da pessoa humana como parâmetro para tanto<sup>64</sup>.

Mas o traço peculiar mais marcante - e que por isso merece destaque - é a relevância conferida aos direitos humanos. A falta de tradição interna no respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana aliada à recente história - na qual apenas os organismos internacionais se opunham ao *apartheid* - fez com que a Constituição sul africana conferisse especial relevância à ordem jurídica Internacional.

Merecem destaque as seguintes normas: o *Bill of Rights* que deve ser interpretado também em conformidade com o direito internacional e pode levar em consideração o direito nacional estrangeiro (artigo 39<sup>65</sup>); a determinação que o direito consuetudinário internacional só não tem força de norma interna se contrariar a constituição

---

urbanizados. Foram ainda criminalizadas as relações sexuais entre negros e brancos. Embora absurdo, o argumento para a segregação era permitir aos negros o desenvolvimento de sua cultura local sem interferências externas. A resolução 1761 da Assembleia Geral da ONU (Disponível em <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/192/69/IMG/NR019269.pdf?OpenElement>), em 1962, condenou publicamente o apartheid, solicitando o rompimento imediato de relações entre os países membros e a África do Sul. Quando em 1986 foram finalmente impostas as sanções internacionais, o país ficou isolado. Isso forçou o processo de revogação das leis do apartheid no início da década de 90 e, após sua libertação, Nelson Mandela auxiliou no processo político de transição. A fim de tornar possível esse processo, em 1994 foi adotada uma constituição interina que inseria a cultura dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico daquele país. Era composta basicamente por normas emprestadas do direito internacional. Surge, portanto, a consagração de direitos fundamentais e proteção da dignidade da pessoa humana, bem como de um judiciário independente para banir a legislação inconstitucional. Para um estudo mais aprofundado, confira-se: Maurício Mazur. A Cultura de Direitos Humanos no Tratamento do Direito à Habitação na África do Sul. In Os Direitos Humanos em África, coordenação José Melo Alexandrino, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011.

<sup>63</sup> É possível a comparação entre as duas constituições através do link disponibilizado pela Corte Constitucional sul-africana: <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/theconstitution/thetext.htm>

<sup>64</sup> Art. 36.1: “The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open 24 Copyright by Sabinet Online and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including (...)”

<sup>65</sup> Art. 39. When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum: a. must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; b. must consider international law; and c. may consider foreign law. Texto disponível em <http://www.gov.za/documents/constitution/chapter-2-bill-rights#39>



ou legislação interna (artigo 232<sup>66</sup>); a indicação de que entre duas interpretações acerca de uma norma jurídica, deva prevalecer aquela em conformidade com o direito internacional (artigo 233<sup>67</sup>); além do preâmbulo, que coloca os direitos humanos como valores fundamentais da sociedade<sup>68</sup>.

As regras apontadas constituem uma forma eficiente de incorporação do direito internacional ao ordenamento constitucional sul africano<sup>69</sup>, tornando mais efetiva a tutela dos direitos fundamentais.

Sobre o Tribunal Constitucional daquele país já se disse que

*Suas decisões são celebradas por grande parte da doutrina internacional como propulsoras de um constitucionalismo que, de tão avançado, terá dado maior contributo à projeção científica e moral dos direitos sociais no mundo anglo – saxônico onde se insere e, por meio dele, na comunidade internacional, do que meio século de constitucionalismo europeu com seus instrumentos de vanguarda social*<sup>70</sup>.

Embora o referido órgão julgador não esteja imune a críticas<sup>71</sup>, fato é que ele já contribui com importantes jurisprudências acerca dos direitos fundamentais em geral e do direito à moradia em especial. Sua abordagem é no sentido de exigir que o poder público adote medidas razoáveis com o intuito de que se realizem progressivamente os direitos sociais.<sup>72</sup>

---

<sup>66</sup> Art. 232. *Customary international law is law in the Republic unless it is inconsistent with the Constitution or an Act of Parliament.* Texto disponível em <http://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996-chapter-14-general-provisions#232>

<sup>67</sup> Art. 233. *Application of international law. When interpreting any legislation, every court must prefer any reasonable interpretation of the legislation that is consistent with international law over any alternative interpretation that is inconsistent with international law.* Disponível em <http://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996-chapter-14-general-provisions#233>

<sup>68</sup> Nesse sentido, afirma expressamente que “(...)Heal the divisions of the past and establish a society based on democratic values, social justice and fundamental human rights;”. Disponível em <http://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996-preamble>

<sup>69</sup> Nesse sentido Maurício Mazur, A Cultura..., p.p. 347-348.

<sup>70</sup> Maurício Mazur, A Cultura..., p. 359.

<sup>71</sup> Lynn Berat, por exemplo, afirma que o Tribunal Constitucional possui abordagem por demais restritiva, perdendo a oportunidade de realizar maiores avanços, em seu artigo *The Constitutional Court of South Africa and Jurisdictional Questions: In The Interest of Justice?*, in I.CON – International Journal of Constitutional Law, Vol. 3, nº 1, 2005, pp. 39-76.

<sup>72</sup> Tratando especificamente sobre o direito à habitação, foi essa a abordagem no famoso caso Governo da África do Sul e outros *versus* Grootboom e outros. Na hipótese um grupo de pessoas ocupou ilegalmente a terra alheia, na tentativa de fugir das péssimas condições em que viviam gerada, em grande parte, pela profunda crise habitacional que assolava o país. Em consequência foram despejados e ficaram desabrigados. Analisando o caso, o Tribunal Constitucional daquele país entendeu que o governo havia descumprido o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais, notadamente em relação ao respeito a um padrão de vida condigno (previsto no artigo 11.1), ao não proporcionar aos cidadãos um acesso a uma habitação condigna. Em razão disso o tribunal concluiu que o governo havia descumprido seu dever de agir razoavelmente de uma forma positiva para dar alívio àqueles que precisavam desesperadamente de acesso à habitação. Julgado disponível em <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>

Em conclusão, verifica-se que o sistema protetivo de direitos fundamentais sul-africano encontra na abertura ao direito internacional um mecanismo de reforço, permitindo a justiciabilidade dos direitos sociais e a tutela mais efetiva dos direitos fundamentais.<sup>73</sup>

### 1.3 – O conceito de direito à moradia adequada

Uma vez traçado um panorama normativo e ainda na busca pela delimitação mais precisa possível do âmbito de proteção do direito à moradia adequada, faz-se indispensável a conceituação do mesmo.

Inicialmente, é importante destacar que ele não se confunde com o direito à propriedade. Muito embora a propriedade possa ser utilizada como moradia e em alguns trechos constitucionais esses direitos estejam relacionados – especialmente quando a moradia é apontada como indicativo de preenchimento da função social da propriedade – fato é que são institutos distintos.

Não é também possível estabelecer *a priori* a prevalência de um direito sobre o outro, sendo corriqueiro que se depare com situações em que o direito à propriedade cede frente à fundamentalidade e essencialidade do direito à moradia adequada.<sup>74</sup>

Embora sejam comumente empregadas como sinônimas, as expressões moradia e domicílio não se confundem. Isso porque este último está ligado à noção civilista de que é "o lugar em que a pessoa atua na vida jurídica". Trata-se do centro jurídico de suas atividades.<sup>75</sup>

Já o direito à moradia, segundo SILVA, significa o direito a ocupar com habitualidade/permanência um lugar como residência. Prossegue o autor afirmando que a moradia deve ser dotada de condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e familiar<sup>76</sup>.

Já se teve a oportunidade de ressaltar que os sistemas constitucionais de proteção à moradia são complexos e preveem o respeito a outros direitos fundamentais relacionados, o que conduz à conclusão de que a simples existência de um abrigo não cumpre o mandamento constitucional sobre o tema. Surge assim o conceito de adequação da moradia:

---

<sup>73</sup> É idêntica a conclusão a que chega Maurício Mazur, A Cultura..., p. 379.

<sup>74</sup> É o que ocorre, por exemplo, na usucapião especial urbana prevista no artigo 183 da Constituição brasileira, segundo o qual todo aquele que ocupar um imóvel urbano de até duzentos e cinquenta metros quadrados por cinco anos ininterruptos, utilizando-o para moradia, adquirir-lhe-á o domínio desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

<sup>75</sup> Silvio Rodrigues. Direito Civil: parte geral. V. 32ª ed., Saraiva, São Paulo, 2002, p. 104.

<sup>76</sup> José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional. 22ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2003, p. 313.

deve ela ser dotada de características que permitam o desenvolvimento de outros direitos fundamentais correlatos.

Nesse sentido, e em complemento ao conceito já apontado, é pertinente a observação de MELO para quem o direito à moradia envolve a segurança jurídica de permanecer<sup>77</sup> em determinado lugar que permita ao cidadão desenvolver suas potencialidades em sua plenitude, devendo ser garantidas as condições de higiene, conforto e segurança.<sup>78</sup>

Seria, portanto, razoável conceituar o direito à moradia adequada como o direito a ocupar com o intuito de fixar moradia de forma estável, e não transitória, um local apto a garantir condições de dignidade, segurança, intimidade, higiene, conforto e saúde à unidade familiar que o habite.

Mais sutil é a diferença entre direito à moradia e direito de habitação. Embora corriqueiramente as expressões sejam tratadas como sinônimas, analisadas sob rigor científico, merecem distinção, embora seja evidente seu caráter complementar e até mesmo teleológico. Enquanto aquele é direito fundamental social de aplicação universal e imediata - com todas as características relacionadas a essa categoria de direitos e estreita relação com a dignidade da pessoa humana - o direito de habitação é direito real, instituído por lei<sup>79</sup> e perfeitamente individualizável, alienável e renunciável. Distingue-se o cunho pessoal do direito à moradia do cunho patrimonial do direito de habitação.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> Note-se que a permanência é uma característica constante nos conceitos apresentados, não podendo ser considerado moradia o local de permanência esporádica. A importância dessa característica é ressaltada por Thaís B. Marçal que traz interessante observação no sentido de que em línguas não latinas, a ideia de morar se liga ao viver, existir. Em *Direito fundamental social à moradia*. 1ª ed., Lerfixa Editora, Rio de Janeiro, 2011, p. 35. No mesmo sentido SILVA afirma que: “direito à moradia significa ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento, etc., para nele habitar. No morar encontramos a ideia básica da habitualidade no permanecer ocupando uma edificação, o que sobressai com sua correlação com o residir e o habitar, com a mesma conotação de permanecer ocupando um lugar permanentemente. O direito à moradia não é necessariamente o direito à casa própria. Quer se garanta um teto onde se abrigue com a família de modo permanente, segundo a própria etimologia do verbo morar, do latim *morari*, que significa demorar, ficar.” In *Comentário Contextual da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 9ª ed. 2014, p. 313.

<sup>78</sup> Marco Aurélio Bezerra de Melo. *Legitimação da posse dos imóveis urbanos e o direito à moradia*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 67.

<sup>79</sup> No Código Civil brasileiro, o instituto está previsto nos artigos 1414 a 1416; já no Código Civil português é regulado pelos artigos 1484 a 1490.

<sup>80</sup> IGLESIAS e SOUZA, através de uma perspectiva mais relacionada ao direito civil, traçam a importante distinção afirmando tratar-se de direito da personalidade e direito real, respectivamente. Afirmam: “O direito à moradia tem as seguintes características, não só por ser direito humano e fundamental, mas por se tratar de direito da personalidade: intransmissibilidade, indisponibilidade, irrenunciabilidade, universalidade, inviolabilidade, ter dependência – quanto aos efeitos e demais direitos da personalidade –, além de ter caráter extrapatrimonial, de ser impenhorável, vitalício, necessário, essencial, oponível *erga omnes*, absoluto e imprescritível. Já o direito de habitação tem as seguintes características: é direito real, prescritível, não vitalício e temporário, renunciável, transmissível ou cedível, exceto na forma gratuita, não universal – no sentido de que o gozo do direito de habitação dependerá da relação jurídica constituída com o objeto – e, por fim, penhorável e sujeito à hipoteca.” *Direito à moradia e de habitação*. Análise

Uma vez conceituado o direito à moradia adequada, indispensável aos fins aqui pretendidos é perquirir de quais elementos essenciais deve ser servida uma moradia para que ela se considere adequada; conceituar a moradia adequada (que não se confunde com o respectivo direito).

De grande valia para essa conceituação é o Comentário Geral nº 4 do Alto Comissariado Para Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas<sup>81</sup>, adotado pela sexta sessão do Comitê dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais, em 13/12/1991<sup>82</sup>.

Partindo da premissa de que o direito à moradia está intimamente ligado a outros direitos humanos e princípios fundamentais, além de sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana – já que é impossível uma vida digna e o acesso aos direitos fundamentais mais básicos sem que o homem disponha de um lar – podem ser apontadas características sem as quais a moradia não pode ser considerada adequada, que são:

- **segurança legal da posse:** o Estado deve fornecer instrumentos jurídicos que garantam a posse, desvinculando-a completamente do domínio<sup>83</sup>;
- **disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura:** “Todos os beneficiários do direito à moradia adequada devem ter acesso sustentável aos recursos naturais e comuns, água potável, energia para cozinhar, aquecimento e iluminação, instalações sanitárias e de limpeza, meios de armazenamento de alimentos, eliminação de resíduos, local de drenagem e de emergência”<sup>84</sup>;
- **economicidade:** as necessidades básicas dos moradores não podem ter a sua satisfação posta em risco em razão das despesas realizadas com moradia, cabendo ao poder público estabelecer política protetiva para aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade;
- **habitabilidade:** deve ser capaz de garantir as condições de dignidade, protegendo contra fenômenos climáticos e outras ameaças à saúde;

---

comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed. 2013, p. 162.

<sup>81</sup> A utilização do conceito trazido pela ONU repete a postura de parte da doutrina de direitos fundamentais, tendo em vista a precisão e amplitude na abordagem do tema. A esse respeito conferir a posição de INGO W. SARLET em O Direito ..., pp. 76-77.

<sup>82</sup> ONU – Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº 4: *The Right to Adequate Housing (Art. 11 (1) of the Covenant)*, 13/12/1991, disponível em <http://www.refworld.org/docid/47a7079a1.html>.

<sup>83</sup> Em idêntico sentido é a lição de Francisco Jimenez Garcia In *Tomarse en serio el derecho internacional de los derechos humanos. Especial referencia a los derechos sociales, el derecho a la vivienda y la prohibición de los desalojos forzosos*. In *Revista Española de Derecho Constitucional*. N. 101, 2014, p. 113.

<sup>84</sup> ONU – Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº 4: *The Right to Adequate Housing (Art. 11 (1) of the Covenant)*, 13/12/1991, disponível em <http://www.refworld.org/docid/47a7079a1.html>. (tradução livre)

- **acessibilidade:** deve haver tratamento preferencial na política habitacional aos grupos especialmente vulneráveis, a fim de que tenham condições de obter moradia que lhes garanta a dignidade;
- **localização adequada:** é imprescindível que na área onde estejam instaladas haja disponibilidade de acesso a saúde, educação e emprego;
- **Adequação cultural:** as tradições culturais devem ser respeitadas no que diz respeito à forma de construção e aos materiais empregados<sup>85</sup>.

Interessante que a Secretaria de Direitos Humanos do Governo Federal Brasileiro publicou um documento<sup>86</sup> em que adota os critérios da ONU e da UNESCO, afirmando que o direito à moradia adequada se compõe de três elementos mínimos: *liberdades, garantias e proteções*.

Note-se que todos esses aspectos são relevantes quando se analisa o aspecto defensivo do direito à moradia adequada, importante quando for analisada sua colisão com direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Considerem-se como manifestações das liberdades: a proteção contra remoções forçadas, destruições e demolições, a inviolabilidade do domicílio e a liberdade de escolha da moradia.

Ainda, segundo o Governo Federal Brasileiro, no texto citado, as garantias seriam: a segurança da posse, a restituição da moradia, o acesso igualitário e não discriminatório e a participação nas tomadas de decisão em relação à moradia.

Portanto, é possível concluir que a completa realização da dignidade da pessoa humana está intimamente ligada ao conceito de moradia adequada, sendo inadmissível que se analise essa separadamente dos demais direitos fundamentais. Assim, ao concretizar o mandamento constitucional de respeito ao direito à moradia adequada o Estado deve estar atento a essa relação, não sendo admissível que se preocupe apenas com a mera existência de um abrigo.

---

<sup>85</sup> Sobre essa característica, Daniel Sarmiento sustenta que é importante a permanência no local de origem dos grupos étnicos como forma de preservar sua identidade coletiva. Em *A Garantia do Direito à Posse dos Remanescentes de Quilombos antes da Desapropriação*. In *Revista de Direito do Estado*. Ano 2, nº 7, jul-set 2007, pp. 345 – 360.

<sup>86</sup> Em Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República – SDH/PR, *DIREITO À MORADIA ADEQUADA*, Brasília, 2013, pp. 13 ss., disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002254/225430POR.pdf>.

## 1.4 – Repercussões jurídicas do direito à moradia adequada

Delimitado o panorama normativo e lançadas as bases conceituais acerca do direito à moradia adequada, ainda que sem a pretensão de exaurir o tema, passa-se à análise das repercussões jurídicas criadas por sua previsão no sistema constitucional.

Para tanto, serão analisadas a natureza jurídica do direito, seu âmbito de aplicação e a capacidade de vincular os agentes – públicos ou privados – envolvidos.

Só assim se alcança o suporte teórico necessário para compreender os aspectos do direito à moradia que devam ser levados em consideração quando ele colidir com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Definindo a natureza jurídica do direito à moradia adequada sob o prisma do direito constitucional, que é o que aqui interessa, ele pertence à categoria dos direitos fundamentais<sup>87</sup>, que são conceituados por MIRANDA como “posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material.”<sup>88</sup>

Do conceito citado pode-se depreender que a doutrina aponta uma diferenciação entre fundamentalidade formal e material. A formal é decorrência direta de sua positivação no texto constitucional; já a material ocorre nos casos em que, embora não expressamente positivado, o direito fundamental integra o sistema constitucional. No constitucionalismo moderno é bastante comum que esse fenômeno venha expressamente previsto nas cartas constitucionais. O mais célebre e antigo data de 1791 com a IX emenda à Constituição Americana<sup>89</sup>. A Constituição Portuguesa traz previsão análoga no artigo 16º, nº 1º<sup>90</sup> e a Constituição Brasileira no artigo 5º, §2º<sup>91</sup>.

---

<sup>87</sup> Nesse sentido ALEXANDRINO: “O direito à habitação é fundamental porque respeita a todos (universalidade); é fundamental porque responde a uma situação de perigo e a uma exigência social constante (permanência); é fundamental porque respeita a necessidade básica da pessoa que o Estado se compromete solenemente a atender (fundamentalidade); além disso, presume-se fundamental por estar previsto na Constituição. Um direito fundamental pode, pois, definir-se como uma situação jurídica das pessoas perante os poderes públicos consagrada na Constituição.” ALEXANDRINO, José de Melo. Direitos fundamentais: introdução geral. 2ª ed. Estoril: Princípia, 2015, p. 23.

<sup>88</sup> Jorge Miranda, *in* Manual de Direito Constitucional, vol. II, Tomo IV, 5ª edição, Coimbra, 2014, p. 9.

<sup>89</sup> IX Emenda: “A enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo.”

<sup>90</sup> Art. 16: 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

<sup>91</sup> Art. 5º: § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

É extremamente controvertida a existência de direitos que sejam apenas formalmente constitucionais sem o serem em seu sentido material.<sup>92</sup>

Contudo, conforme já destacado, é incontroversa a existência de direitos dotados de fundamentalidade apenas em seu sentido material, embora não positivados expressamente. São apenas materialmente constitucionais aqueles que garantem direitos básicos das pessoas e aqueles que podem ser equiparados em importância ou objeto aos formalmente constitucionais.<sup>93</sup>

Em conformidade com o disposto, é possível afirmar que o direito à moradia é materialmente um direito fundamental (independentemente de sua previsão formal e expressa no rol constitucional), na medida em que garante direito básico e indispensável à existência de uma vida digna.

Em consequência, notadamente nos países que dispõem da já mencionada cláusula de abertura, ainda que não haja previsão constitucional expressa, o direito à moradia integrará o rol de direitos fundamentais e terá aplicação cogente.

Assim, dentro das categorias existentes entre os direitos fundamentais, é de se ressaltar que é praticamente unânime o entendimento de que o direito à moradia adequada é um direito social<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> Com efeito, Jorge Miranda afirma que “todos os direitos fundamentais em sentido formal são também direitos fundamentais em sentido material. Mas há direitos materiais para além deles.” (*Manual de Direito Constitucional*, vol. II, Tomo IV, Coimbra, 2014, p. 11). No mesmo sentido, ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos fundamentais: introdução geral*. 2ª ed. Estoril: Princípia, 2015, p.p. 57/58. Em sentido contrário, J.J. Gomes Canotilho sustenta que “há direitos fundamentais consagrados na Constituição que só pelo facto de beneficiarem da positivação constitucional merecem a classificação de constitucionais (e fundamentais), mas o seu conteúdo não se pode considerar materialmente fundamental.” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Ed., 16ª reimpressão, Coimbra, 2003, p. 406)

<sup>93</sup> Há relevante corrente doutrinária que identifica a relação com o princípio da dignidade da pessoa humana como elemento identificador da fundamentalidade de um direito. Nesse sentido é interessante a lição de SAMPAIO, para quem “O pressuposto de que a dignidade humana é substrato de todo o sistema de direitos fundamentais serve, portanto, como referência de conteúdo para a transubstanciação de um direito ordinário em direito fundamental.” *In* Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte: Ed. Del Rey. 2003. p. 94. A principal objeção que se faz a essa argumentação reside no fato de que o grau de indeterminação dos conceitos envolvidos deixa excessiva margem discricionária ao intérprete, o que é admitido expressamente como um risco pelo autor citado. A respeito da ligação histórica entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, MIRANDA adverte ainda que: “Não existe historicamente uma relação necessária entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana. (...) A ligação jurídico – positiva entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana só começa com os grandes textos internacionais e as Constituições subsequentes à segunda guerra mundial.” Mas arremata afirmando que: “Pelo menos, de modo direto e evidente, os direitos liberdades e garantias pessoais e os direitos econômicos sociais e culturais comuns têm sua fonte ética na dignidade da pessoa, de *todas* as pessoas.” *In* Manual..., Vol II, tomo IV, p.p. 215/219.

<sup>94</sup> Em idêntico sentido é a lição de IGLESIAS em *Direito à moradia e de habitação. Análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 3ª ed., p. 102/103. No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet. “O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia” *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*. Belo Horizonte, ano 1, n. 2, jul. / set. 2003, pp. 65-119. Na jurisprudência: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no Mandado de Segurança n. 2002.004.01892, disponível em

Delimitada a natureza jurídica do direito, a última – e mais importante – pergunta que se busca responder no presente capítulo é: quais são os efeitos jurídicos produzidos pelo direito em estudo?

Necessário, portanto, enfrentar a distinção feita pela doutrina e jurisprudência entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos sociais e culturais.

Expressão do individualismo inspirado pelo constitucionalismo liberal do século XVII, os direitos civis e políticos protegem os cidadãos contra a interferência do poder público. Exige-se deste último, ao contrário, uma postura de respeito e abstenção a fim de não intervir na esfera jurídica dos particulares.

Após a crise do liberalismo, ante a constatação de que esse sistema favorece as desigualdades sociais e a exploração sem limites dos mais pobres, surge o Estado Social, que teve nas constituições Mexicana (1917)<sup>95</sup> e Alemã (1919)<sup>96</sup> seus primeiros modelos. Os direitos econômicos, sociais e culturais, trazidos por essa nova fase do constitucionalismo dependem de atividades prestacionais do poder público no sentido de efetivá-los.

Surge, então, uma polêmica acerca do regime jurídico aplicável aos direitos fundamentais.

Inicialmente, há que se destacar nesse ponto um relativo distanciamento entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e português, o que se reflete no diferente trato dado pela comunidade jurídica desses países à matéria.

Com efeito, o constituinte brasileiro inclui os direitos dos trabalhadores e os direitos sociais no mesmo título dos demais direitos fundamentais<sup>97</sup>.

Ademais, trouxe um regime jurídico reforçado para os direitos fundamentais – sem qualquer distinção - no artigo 5º, §1º da Constituição<sup>98</sup>.

Em razão disso, a maioria da doutrina brasileira sustenta a aplicabilidade imediata das normas que veiculam direitos sociais, sendo cabível até mesmo a propositura

---

<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00032364C45FFC96AD6F68D4EFF7062AAB6E5D24C317233C>. De caráter inovador é a posição de Jessie Hohmann ao sustentar uma natureza mista, reconhecendo tratar-se de um direito social, mas também cultural, uma vez que as escolhas habitacionais comumente integram também as tradições culturais de um povo. *In The Right...*, p. 7 ss.

<sup>95</sup> Disponível em [http://www.constitucion1917.gob.mx/es/Constitucion1917/Constitucion\\_1917\\_Facsimilar](http://www.constitucion1917.gob.mx/es/Constitucion1917/Constitucion_1917_Facsimilar).

<sup>96</sup> Disponível em <http://www.lwl.org/westfaelische-geschichte/que/normal/que843.pdf>.

<sup>97</sup> Todos estão inseridos no Título II, sob a rubrica: “Dos direitos e garantias fundamentais”.

<sup>98</sup> Art. 5º, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.



de mandado de injunção<sup>99</sup> nos casos em que o poder público se omite na regulamentação do direito, impossibilitando-lhe o exercício<sup>100</sup>.

Já em Portugal o panorama normativo é diverso. O artigo 18/1 da Constituição portuguesa<sup>101</sup> trata especificamente dos direitos, liberdades e garantias, fazendo com que a doutrina constitucionalista majoritária e o Tribunal Constitucional sustentem a existência de regimes jurídicos diferenciados entre as duas mencionadas espécies de direitos fundamentais<sup>102</sup>.

Entretanto, não se pode olvidar um crescente reconhecimento de que há uma aproximação entre as duas categorias, na medida em que é inviável o exercício pleno das liberdades civis e políticas sem que estejam minimamente satisfeitos os direitos sociais<sup>103</sup>.

Em meio a esse panorama, o ponto central é determinar se os direitos econômicos sociais e culturais geram direitos subjetivos para os cidadãos.

Não obstante a relevância da controvérsia apresentada, o compromisso com o tema proposto e objetivo restrito do presente trabalho impedem que ela seja enfrentada. Fica, entretanto, a afirmação de que predomina na doutrina e jurisprudência portuguesas que a matéria está reservada à avaliação dos órgãos políticos e legislativos não havendo, via de regra, possibilidade de pleito judicial reclamando a concretização desse direito<sup>104</sup>.

<sup>99</sup> Está previsto no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição brasileira e pode ser manejado sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania

<sup>100</sup> Por todos, Alexandre De Moraes *in* Direito Constitucional, 13ª ed., São Paulo, 2003, p. 203.

<sup>101</sup> Artigo 18/1.: Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

<sup>102</sup> C.f., por todos, Jorge Miranda, *in* Manual..., cit., Título III, Tomo IV, apresentando um regime geral dos direitos fundamentais; um regime especial aplicável aos direitos, liberdades e garantias individuais; e outro específico aos direitos sociais.

<sup>103</sup> Nesse sentido NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais- Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Livraria Almedina, 2017, p.p. 136 e seguintes e Francisco Jiménez García, *Tomarse en serio...*, pág. 102. Igualmente, o Tribunal Constitucional da África do Sul, quando pela primeira vez foi chamado a se pronunciar acerca do direito à moradia positivado na Constituição daquele Estado no já citado caso República da África do Sul e outros vs. Grootboom, foi expresso em afirmar que “*All the rights in our Bill of Rights are inter-related and mutually supporting. There can be no doubt that human dignity, freedom and equality, the foundational values of our society, are denied those who have no food, clothing or shelter.*” Disponível em <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>.

<sup>104</sup> Exemplificativamente, CANOTILHO, embora afirme que “Ao contrário do que geralmente se afirma, um direito económico, social e cultural não se dissolve numa mera norma programática ou numa imposição constitucional”, prossegue concluindo que “os direitos sociais só existem quando as leis e as políticas sociais os garantirem.” *In* Direito Constitucional..., p.p 477/481. Especificamente em relação ao direito à habitação, assim leciona Jorge Reis Novais: “(...) o sem abrigo tem um direito fundamental à habitação, traduzido na pretensão em ver realizados os deveres do estado nesse domínio, mas que, por falta de determinabilidade da norma constitucional em que se fundamenta e por falta dos parâmetros jurídicos suficientes que habilitem o poder judicial a impor a sua realização de forma funcionalmente adequada, não é possível configurá-lo como direito subjetivo público, ou seja, tal pretensão não atinge a densidade típica que permita ao mesmo cidadão exigir judicialmente do Estado a prestação em causa.” *In* As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.p. 104/105.

Mas mesmo os que consideram programáticas as normas veiculadoras dos direitos sociais – e esse é o ponto que realmente interessa ao presente estudo - não negam a elas a produção de efeitos jurídicos. E assim deve ser até mesmo em atenção à força normativa da constituição e ao princípio da efetividade.

Pode-se afirmar que às normas programáticas são atribuídos alguns efeitos: 1º) impedem a existência de normas jurídicas que as contrariem; 2º) proíbem condutas – especialmente por parte da administração pública – que a contrariem; 3º) servem como parâmetro interpretativo da própria constituição e para a integração de lacunas; 4º) estabelecem critérios orientadores para a produção normativa.<sup>105</sup>

Como se percebe, desde que respeitados esses limites, o Estado goza de autonomia na concretização dos direitos sociais. Essa liberdade está fundada em sua legitimidade democrática e na separação de poderes.

Ressalte-se que essa liberdade não é absoluta e estará submetida ao princípio da proporcionalidade, aferido por padrões de justiça social, solidariedade e igualdade<sup>106</sup>. Ademais, ao Estado é vedado adotar condutas que violem o direito posto, estando sempre obrigado a respeitar os princípios e normas já incorporados ao ordenamento jurídico<sup>107</sup>.

Por óbvio, a simples positivação de um direito fundamental não gera sua imediata concretização. O que se verifica é que comumente os Estados que contam com uma longa lista de direitos fundamentais expressos em sua constituição também experimentam um cenário de profunda fragilidade na realização dos mesmos.

Em razão disso SARLET destaca a importância da preocupação com a implantação e consolidação dos níveis de proteção sociais mínimos, como condição de sobrevivência da democracia e do Estado Constitucional<sup>108</sup>.

Tratando especificamente do direito à moradia, considerando que ele encontra fundamento direto no princípio da dignidade da pessoa humana, quando se pretender garantir

<sup>105</sup> Em sentido semelhante, o STF decidiu no ARE 639337 AgR / SP que as normas programáticas produzem efeitos jurídicos, sob pena de se transformarem em “promessa constitucional inconsequente”. Decisão disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>

<sup>106</sup> Jorge Miranda, in Manual ..., cit., p. 484/485.

<sup>107</sup> Destacando a obrigatoriedade de o poder público não adotar condutas violadoras dessas normas, Francisco Gimenez Garcia: “(...) los Estados se comprometen a una obligación de carácter negativo por parte de cualquier órgano o funcionario del Estado (incluido los integrantes del poder judicial) o de una institución de carácter público **consistente en no lesionar directamente los derechos reconocidos.**” (grifo nosso) (Tomarse en..., p. 95)

<sup>108</sup> Essa é a posição de Ingo Wolfgang Sarlet. Breves Notas sobre o regime jurídico – constitucional dos direitos sociais na condição de direitos fundamentais, com ênfase na aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais e na sua articulação com o assim chamado mínimo existencial, in *Estudos em homenagem ao prof. Doutor J. J. Gomes Canotilho*, volume III, Coimbra, 2012, pp. 881 ss.

as condições mínimas de existência condigna é possível o pleito de prestações positivas por parte do Estado, notadamente quando vinculadas com o núcleo essencial desse direito, em razão da concretização do mínimo existencial.<sup>109</sup>

Conclui-se, portanto, que o poder público tem o dever de não violar e, em alguns casos, até mesmo de tomar medidas no sentido de que se efetive o direito à moradia adequada.

Os fundamentos para tanto são a vinculação do direito em estudo com o princípio da dignidade da pessoa humana, a necessidade de concretização do mínimo existencial ou pura e simplesmente os efeitos naturalmente produzidos pela norma constitucional programática veiculadora do direito fundamental.

---

<sup>109</sup> Nesse sentido já se manifestou a Corte Constitucional Portuguesa no item 4.1 do acórdão 322/00: “(...) fundando-se o direito à habitação na dignidade da pessoa humana (ou seja, naquilo que a pessoa realmente é – um ser livre com direito a viver dignamente), existe, aí, um mínimo que o Estado sempre deve satisfazer.” Disponível em <http://w3.tribunalconstitucional.pt/acordaosV22/PesquisaAcordao.mvc/Details/322>.

## Capítulo 2 – O DIREITO AO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

Superada a análise do instituto da moradia adequada, passa-se ao estudo do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado.

Conforme se verá adiante, a colisão entre esses dois direitos constitucionalmente assegurados é potencialmente devastadora para a vida das pessoas envolvidas e da sociedade como um todo.

Com efeito, a crescente ocupação para fins de moradia – e a quase inevitável degradação daí decorrente – de áreas de interesse ecológico tem trazido, especialmente nas áreas urbanas, enormes prejuízos ambientais que muitas das vezes se revelam irrecuperáveis.

Como resposta, muitas das vezes o Poder Público pretende remover compulsoriamente do local essas moradias, com graves prejuízos aos direitos fundamentais (e, conseqüentemente, à dignidade da pessoa humana) dos envolvidos.

Mas o estudo dessa colisão de direitos, suas conseqüências e método de solução deve, por óbvio, ser precedido da correta compreensão dos conceitos envolvidos. É o que se pretende no presente capítulo. Identificados os princípios centrais em matéria ambiental e os efeitos daí decorrentes, o intérprete irá dispor das ferramentas necessárias para encontrar a melhor solução para as hipóteses de colisão com o direito à moradia adequada.

Antes, contudo, de se verificar o conteúdo do direito propriamente dito, há uma questão terminológica de relevância, que deve ficar assentada: não obstante seja corrente o uso da expressão “meio ambiente” pela legislação, doutrina e até mesmo pela jurisprudência, aqui preferiu-se a precisão terminológica do termo “ambiente”, isoladamente. Assim deve ser em razão da redundância da expressão. Segundo ZSÖGÖN<sup>110</sup>, a expressão “ambiente” corresponde à inglesa *environment* e à francesa *environnement*, cuja tradução para o castelhano é “entorno”. Não há, portanto,

---

<sup>110</sup> ZSÖGÖN, Silvia Jaquenod de. *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*. Madrid: Dykinson, 1991, p. 37.

justificativa para que a expressão seja acrescida do termo “meio”, que deve ser suprimido por redundante.<sup>111 112</sup>

## 2.1 – Previsões normativas internacionais

Antes de se analisar o direito em estudo sob o prisma constitucional, se faz mais uma vez necessária uma breve abordagem acerca do trato conferido pela comunidade internacional ao tema, já que desse debate surgiram as ideias e conceitos que aos poucos foram sendo introduzidos nos ordenamentos jurídicos dos Estados. “Foi o Direito Internacional (Público) que primeiro traduziu em normas as angústias nascentes”<sup>113</sup> na década de 70 do século atual acerca das questões ambientais.

A doutrina reconhece que há basicamente três fontes de direito internacional do meio ambiente: declarações, cartas, manifestos, etc., de organizações e conferências internacionais; recomendações de organizações internacionais; e convênios e tratados. Como se vê, apenas os últimos não podem ser considerados *soft law*, sendo os demais desprovidos de força jurídica obrigatória. Contudo, conforme já dito, são relevantes porque revelam o que se pode chamar de ética internacional, codificando os costumes, que, além de serem fontes de direito internacional, influenciam fortemente na formação do arcabouço jurídico dos Estados sobre o tema.<sup>114</sup>

---

<sup>111</sup> A expressão conforme aqui utilizada também é encontrada na doutrina portuguesa (cf. RANGEL, Paulo Castro. Concertação, programação e direito do ambiente. Coimbra, 1994, p. 24; AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Marta Tavares de. Direito do Ambiente. Oeiras: Instituto Nacional de Administração, 1994. p. 494); na brasileira (cf. GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Direito Fundamental ao Ambiente. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1ª ed. 2005); na espanhola (cf. MARTIN MATEO, Ramon. Tratado de Derecho Ambiental. Vol. I. Madrid : Trivium, 1992-0000. p. 80).

<sup>112</sup> Em sentido contrário SILVA, ao afirmar: “O ambiente integra-se, realmente, de um conjunto de elementos naturais e culturais, cuja interação constitui e condiciona o meio em que se vive. Daí porque a expressão ‘meio ambiente’ se manifesta mais rica de sentido (como conexão de valores) do que a simples palavra ambiente. Essa exprime o conjunto de elementos; aquela expressa o resultado da interação desses elementos”. SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 9ª ed. São Paulo. Malheiros. 2011, p. 20. Em que pese todo o brilhantismo da argumentação, não se vislumbra diferença entre as expressões empregadas, razão pela qual sua utilização conjunta resulta antes em redundância e não em interação entre elementos.

<sup>113</sup> Cf. AMADO GOMES, Carla. O ambiente como objecto e os objectos do Direito do Ambiente. In Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente, nºs 11/12, 1999, p. 43.

<sup>114</sup> CAPELLA, Vicente Bellver. Ecología: de las razones a los derechos. Granada: Comares, 1994. p. 188.

O primeiro documento efetivamente institucional e global<sup>115</sup> acerca do ambiente foi a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano de 1972<sup>116</sup>. Ela teve o mérito de reconhecer pela primeira vez o direito humano ao ambiente<sup>117</sup>. Nessa ocasião já demonstrava preocupação com a possibilidade de sua colisão com o direito à moradia<sup>118</sup>.

CAPELLA destaca que, já em seu princípio primeiro, podem ser encontrados elementos para se reconheça o direito fundamental ao ambiente: “a equiparação do meio ambiente à liberdade e à igualdade, como os três direitos fundamentais de todo o ser humano; a consideração de direito inalienável no sentido de que não cabe uma absoluta disposição sobre o mesmo e que sua titularidade comporta deveres; e a atenção às gerações futuras como beneficiárias de tal direito<sup>119</sup>”

Outro documento digno de nota foi Relatório Brundtland, publicado em março de 1987<sup>120</sup>. Trata-se do resultado dos esforços da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, criada pela ONU em 1983. Sob o título de “*Our Common*

---

<sup>115</sup> Contudo, já na primeira metade do século XX foram realizadas reuniões com o objetivo de debater o tema, como foi o caso da I conferência Internacional de Proteção da Natureza (1910) organizada pelo suíço Paul Sarasin e da Oficina Internacional para a Proteção da Natureza, realizada em Bruxelas no ano de 1928, que publicou a revista *The International Review for the Protection of the Nature*. Após a segunda guerra mundial foi realizada nova conferência, criando-se em 1948 a União Internacional para a Conservação da Natureza e dos Recursos c.f. CAPELLA, Vicente Bellver. *Ecología: de las razones a los derechos*. Granada: Comares, 1994, p. 190). À época, as Nações Unidas estavam sendo criadas e havia a consciência na comunidade internacional acerca da necessidade de criação de uma instituição dedicada à proteção do ambiente. Não havia, contudo, acordo quanto ao fato de essa instituição pertencer ou não ao quadro das Nações Unidas. Assim, foi realizado um congresso em Fontainebleau, na França, em 5 de outubro de 1948. Participaram 18 governos, 7 organizações internacionais e 107 organizações nacionais de conservação da natureza, que concordaram em formar a instituição e mantê-la de natureza privada, surgindo assim a *International Union for the Protection of Nature*, IUPN.

<sup>116</sup> Disponível em <http://www.meioambiente.uerj.br/emrevista/documentos/estocolmo.htm>. Acesso em 12/09/2017.

<sup>117</sup> Princípio 1: O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas. Disponível em <http://www.meioambiente.uerj.br/emrevista/documentos/estocolmo.htm>.

<sup>118</sup> Princípio 15: Deve-se aplicar o planejamento aos assentamento humanos e à urbanização com vistas a evitar repercussões prejudiciais sobre o meio ambiente e a obter os máximos benefícios sociais, econômicos e ambientais para todos. A este respeito devem-se abandonar os projetos destinados à dominação colonialista e racista. Princípio 16: Nas regiões onde exista o risco de que a taxa de crescimento demográfico ou as concentrações excessivas de população prejudiquem o meio ambiente ou o desenvolvimento, ou onde, a baixa densidade de população possa impedir o melhoramento do meio ambiente humano e limitar o desenvolvimento, deveriam se aplicadas políticas demográficas que respeitassem os direitos humanos fundamentais e contassem com a aprovação dos governos interessados. Disponível em <http://www.meioambiente.uerj.br/emrevista/documentos/estocolmo.htm>.

<sup>119</sup> CAPELLA, *Ecología...*, p. 194.

<sup>120</sup> O documento original encontra-se disponível em <https://ambiente.files.wordpress.com/2011/03/brundtland-report-our-common-future.pdf>.

*Future*” o documento traz em seu anexo I uma súmula de princípios propostos para o direito ambiental. Um dos pontos centrais desse relatório é o reconhecimento expresso da existência de um direito fundamental ao ambiente adequando à saúde e ao bem-estar.<sup>121</sup> CAPELLA assevera que muito embora esse informe careça de valor jurídico, sua relevância foi enorme, pois condicionou notavelmente as posteriores declarações de organizações ou conferências internacionais, pois contribuiu para criar um estado de opinião favorável ao reconhecimento de tal direito, o que, sem dúvida, é um fator principal para que uma demanda social adquira uma configuração jurídica.<sup>122</sup>

No âmbito europeu, cabe ainda mencionar a Declaração Ministerial de Bergen (1990), organizada pelo governo da Noruega, em colaboração com a Comissão Econômica para Europa das Nações Unidas (CEPE), como preparativo para a conferência da ONU que se realizaria no Rio de Janeiro dois anos após. Foi o primeiro instrumento internacional que considerou o princípio da precaução como de aplicação geral, ligado ao desenvolvimento sustentável.<sup>123</sup>

Ainda sobre o processo europeu de desenvolvimento do direito em estudo, a Carta de Paris (1990) consagra a proteção ao ambiente como uma necessidade internacional e um estímulo para a cooperação entre as nações.<sup>124</sup>

<sup>121</sup> “Princípio 1: DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL. Todos os seres humanos tem o direito fundamental a um meio ambiente adequado à sua saúde e bem estar.”

<sup>122</sup> CAPELLA, Ecología..., p. 196.

<sup>123</sup> <https://unfccc.int/resource/ccsites/senegal/fact/fs220.htm>. É de se ressaltar, contudo, que o projeto de carta elaborado nunca foi formalmente aprovado pela ONU devido à falta de consenso na região. Cfr. DÉJEANT-PONS, Maguelonne; PALLEMAERTS Marc. Human rights and the environment. Compendium of instruments and other international texts on individual and collective rights relating to the environment in the international and European framework. Germany: Council of Europe Publishing, 2002, p. 17.

<sup>124</sup> Não obstante não haja previsão acerca do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a Corte Europeia de Direitos do Homem tem razoável jurisprudência em que o extrai do artigo 8º da citada convenção (disponível em [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)), que tutela a intimidade e vida privada, criando obrigação positiva de respeito ao ambiente através dos direitos da personalidade. Nesse sentido o caso Lopez Ostra vs. Espanha. Disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22docname%22:\[%22lopez%20ostra%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-57905%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22docname%22:[%22lopez%20ostra%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57905%22]}).

Interessante notar que se trata do mesmo dispositivo do Tratado que prevê o direito à moradia. Contudo, Carla Amado Gomes adverte que: “ (...) Enfim, por mais interessante que se revele a teoria das obrigações positivas aplicada aos direitos de personalidade, tal originalidade não pode obnubilar que o ambiente enquanto tal (na sua pureza ecológica, dir-se-ia) continua de fora dos objectivos de protecção da Convenção e só um aditamento por Protocolo poderia alterar este cenário. (...) Não é crível, todavia, que tal inclusão venha a ocorrer, uma vez que a Convenção é essencialmente um instrumento de defesa de bens individuais contra o arbítrio do poder público. O ambiente é uma grandeza maior do que o sujeito, não cabendo nestes estreitos parâmetros. Essa abertura caberá melhor numa realidade como a União Europeia — que já acolhe a protecção ambiental nos seus objetivos.” In Escrever verde por linhas tortas: o direito ao ambiente na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. In: AMADO GOMES, Carla. O tempo e os direitos humanos: entre a eficácia pretendida e a conquistada. Lisboa: Academia Brasileira dos Direitos Humanos, 2009.

Contudo, o documento internacional mais relevante sobre o tema é a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento<sup>125</sup>, que foi produzida em 1992 após encontro realizado na cidade do Rio de Janeiro, Brasil. Nela se reafirma o conteúdo da Declaração de Estocolmo (1972) que serve de base à evolução que se pretende.

Especialmente se levado em consideração o objeto do presente estudo, merece destaque a inserção do princípio 1, que assim dispõe: “Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza.”

O direito ambiental internacional permaneceu por décadas restrito à Declaração de Estocolmo e aos esforços do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) em coordenar e fomentar a elaboração de tratados internacionais, todavia, após a elaboração da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), experimentou o direito ambiental um considerável avanço e atingiu definitivamente os patamares atuais de desenvolvimento.

## **2.2 – A constitucionalização do direito ao ambiente**

Paralelamente ao debate internacional, verifica-se a preocupação dos Estados em discutir e positivar o direito ambiental.

Inicialmente de uma forma mais tímida e esparsa, intensificando-se na medida em que o debate internacional solidificou conceitos e princípios que, como já se disse, fomentaram as discussões sobre o tema.

A constituição Italiana (1947) trouxe em seu artigo 9º, alínea 2<sup>126</sup>, a incumbência à República de tutela da paisagem e dos patrimônios histórico e artístico da nação. Muito embora originalmente essa norma não tenha por objeto a tutela do ambiente – mas tão somente de conservar as belezas naturais – GAVIÃO FILHO informa que, graças à hermenêutica e à jurisprudência, ela evoluiu como elemento informador de toda a atividade de proteção ao ambiente.<sup>127</sup>

---

<sup>125</sup> Disponível em <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em 12/09/2017.

<sup>126</sup> “Art. 9: *La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione.*” Disponível em <http://www.quirinale.it/qnrw/costituzione/pdf/costituzione.pdf>. Acesso em 20/09/2017.

<sup>127</sup> *Op. Cit.*, p. 22.



A constituição búlgara de 1971 (terceira constituição da Bulgária e segunda da era comunista), já trazia em seu artigo 31<sup>128</sup> a tutela do ambiente, conferindo ampla responsabilidade por sua preservação, ao afirmar ser ela incumbência do Estado, da iniciativa privada e também do cidadão.

Na Suíça, o texto constitucional<sup>129</sup> previu, em 1971, a repartição de competências entre a Confederação e os Cantões, a fim de supervisionar e controlar atividades potencialmente nocivas ao ambiente – mais especificamente às águas, rios e florestas.

A Constituição do Panamá (1972) no artigo 110<sup>130</sup> de seu texto original já trazia evolução importante sobre o tema, pois previa uma necessária harmonia entre a preservação do ambiente e o desenvolvimento econômico e social do país, além de imputar ao Estado o dever de prevenir a contaminação do ambiente e o desequilíbrio dos ecossistemas.

A Constituição grega de 1975 trazia regulação avançada para seu tempo, prevendo a obrigação estatal de adotar condutas repressivas e preventivas na tutela do ambiente. Interessante notar que o artigo 24, alínea 1<sup>131</sup>, prevê regra excepcional que permite modificações em áreas de bosques e florestas para a exploração agrícola ou qualquer outro uso, desde que isso atenda ao interesse econômico nacional ou ao interesse público. Já se vê, portanto, alguma preocupação com a possibilidade de colisão com algum outro princípio constitucional, o que traz o reconhecimento de situações excepcionais de compressão do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado.

MIRANDA leciona que as referências constitucionais surgidas notadamente entre o final da década de 40 e a primeira metade da década de 70 eram mais escassas e

<sup>128</sup> Disponível em <http://parliament.bg/bg/19>. Acesso em 20/09/2017. “Artigo 31: A proteção e conservação da natureza e dos recursos naturais, água, ar e solo, bem como monumentos culturais são de responsabilidade das autoridades e empresas estatais, cooperativas e organizações públicas e o dever de todos os cidadãos.”

<sup>129</sup> Essa previsão se encontra notadamente no artigo 24 do referido texto constitucional, disponível em [http://www.servat.unibe.ch/icl/sz01000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/sz01000_.html). Acesso em 20/09/2017.

<sup>130</sup> “ARTICULO 110 – Es deber fundamental del Estado vejar por la conservación de las condiciones ecológicas, previniendo la contaminación del ambiente y el desequilibrio de los ecosistemas, en armonia con el desarrollo económico y social del país.” Disponível em [http://eudo-citizenship.eu/NationalDB/docs/PN\\_1972%20Constitution\\_Original%20Unmodified%20Text%20\(ORIGINAL%20LANGUAGE\).PDF](http://eudo-citizenship.eu/NationalDB/docs/PN_1972%20Constitution_Original%20Unmodified%20Text%20(ORIGINAL%20LANGUAGE).PDF). Acesso em 21/09/2017.

<sup>131</sup> Artigo 24: 1. Constitui obrigação do Estado a proteção do ambiente natural e cultural. O Estado estará obrigado a adotar medidas especiais, preventivas ou repressivas, com vistas à conservação daquele. A lei regulará as modalidades da proteção dos bosques e dos espaços florestais de modo geral. Fica proibida a modificação do destino dos bosques e espaços florestais, salvo se sua exploração agrícola tivesse mais valor desde o ponto de vista da economia nacional ou se qualquer outro uso resultasse necessário com vistas ao interesse público. Disponível em <http://www.resumosetrabalhos.com.br/constituicao-da-grecia-de-1975.html>. Acesso em 26/09/17.

esparças, não trazendo uma visão globalizante que permitisse extrair das normas todas as suas virtualidades, não obstante já se verificassem medidas legislativas, administrativas e decisões jurisprudenciais sobre o tema.

Contudo, ainda segundo o referido autor, coube à Constituição Portuguesa de 1976 inaugurar uma segunda fase, ao consagrar um explícito direito ao ambiente e relacioná-lo a um amplo conjunto de incumbências estatais e da sociedade, inserindo-o, em sua plenitude, no âmbito da Constituição material como um dos elementos da sua ideia de direito.<sup>132</sup>

No texto atual da Constituição portuguesa, são inúmeras as referências ao direito ao ambiente<sup>133</sup>, sendo possível considerar-se que o núcleo dessa proteção encontra-se no artigo 66<sup>134</sup> que traz a rubrica do “Ambiente e Qualidade de Vida” e se localiza dentro do capítulo que trata dos direitos e deveres sociais.<sup>135</sup>

Para o tema aqui estudado, relevante notar que a reforma de 1989 inseriu na alínea “b” do n. 2 do artigo 66 a referência ao “equilibrado desenvolvimento sócioeconómico” que deve ser observado na tarefa de “ordenar e promover o ordenamento do território”.

<sup>132</sup> MIRANDA, Jorge. A Constituição e o Direito do Ambiente. *In* Direito do ambiente : Comunicações apresentadas no Curso realizado no Instituto Nacional de Administração (17 a 28 de Maio de 1993) / coordenação de Diogo Freitas do Amaral, Marta Tavares de Almeida. Lisboa : INA, 1994, p. 354.

<sup>133</sup> Podem ser citadas como referências explícitas: art. 9º, alínea e; art. 52, nº 3, alínea a; art. 81 alíneas m e n; art. 90; 93, nº 1, alínea d e nº 2;

<sup>134</sup> Artigo 66.º: Ambiente e qualidade de vida. 1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender. 2. Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos: a) Prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão; b) Ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correcta localização das actividades, um equilibrado desenvolvimento sócio-económico e a valorização da paisagem; c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico; d) Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações; e) Promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, designadamente no plano arquitectónico e da protecção das zonas históricas; f) Promover a integração de objectivos ambientais nas várias políticas de âmbito sectorial; g) Promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente; h) Assegurar que a política fiscal compatibilize desenvolvimento com protecção do ambiente e qualidade de vida.

<sup>135</sup> Segundo Carla Amado Gomes a atual Constituição foi a primeira a prever o direito ao ambiente no ordenamento jurídico português: “O acolhimento do valor Ambiente pela ordem jurídica constitucional debuta em Portugal pela mão da Constituição de 1976. Com efeito, se é verdade que na Constituição de 1822 o artigo 223º/V apontava para a necessidade de as Câmaras Municipais procederem ao plantio de árvores nos terrenos sob sua jurisdição, dificilmente se pode entrever em tal dispositivo mais do que um incentivo ao desenvolvimento rural<sup>1</sup>. Do mesmo modo se deve descartar qualquer intenção ecológica no artigo 52 da Constituição de 1933, no qual se apelava à protecção dos “monumentos naturais”: a disposição visava a preservação do património cultural e, quando muito, tinha subjacente uma perspectiva estética da natureza.” *In* Constituição e ambiente: Errância e simbolismo. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.9, n.17, Janeiro/Junho de 2012, p. 10.

O trato dado à matéria pela Constituição portuguesa permite concluir pela existência de um sistema global e coerente, que vislumbra, segundo a doutrina, dois tipos de situações constitucionalmente previstas: princípios constitucionais objetivos e situações constitucionalmente significativas.

A constituição da União Soviética de 1977 (hoje revogada), trazia previsão em seu artigo 18<sup>136</sup> no sentido de que a proteção ao ambiente era do interesse das gerações atual e futuras, prevendo sua preservação e utilização racional e cientificamente fundamentada.

A Constituição da Espanha (1978), no capítulo que trata dos princípios reitores da política social e econômica, estabelece em seu artigo 45<sup>137</sup> o ambiente saudável como um direito de todos que também têm a responsabilidade de conservá-lo. Prevê ainda que sejam impostas sanções penais e administrativas para aqueles que violarem esse direito.

As Constituições brasileiras anteriores a 1998 nada traziam sobre o tema. O texto vigente não se distancia dos modelos acima referidos. GAVIÃO FILHO<sup>138</sup> informa que nesse aspecto ela recebeu forte influência do Relatório de *Bruntland*, que, conforme já mencionado no tópico anterior, foi o resultado das conclusões da Comissão Mundial Sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas de 1983.

Há previsões esparsas ao longo do texto que denotam a preocupação do constituinte com a tutela ampla do direito ao ambiente<sup>139</sup>, podendo ser apontadas como relevantes as que conferem legitimidade a qualquer cidadão para a propositura de ação

---

<sup>136</sup> “Article 18: In the interests of the present and future generations, the necessary steps are taken in the USSR to protect and make scientific, rational use of the land and its mineral and water resources, and the plant and animal kingdoms, to preserve the purity of air and water, ensure reproduction of natural wealth, and improve the human environment.” Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21358-21359-1-PB.htm>, acesso em 02/10/2017.

<sup>137</sup> Artículo 45: 1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo; 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva; 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado. Disponível em <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em 26/09/17.

<sup>138</sup> GAVIÃO FILHO, op. Cit., p. 23.

<sup>139</sup> Como referências explícitas na Constituição Brasileira podem ser citados os seguintes artigos: 20, II; 23; 24, VI, VII e VIII; 91 §1º, III; 170, VI; 174 §3º; 186, II; 200, VIII; 216, V; 220 §3º, II; 231, §1º.

popular<sup>140</sup> e ao Ministério Público para a propositura de ação civil pública<sup>141</sup> tratando da matéria.

Contudo o núcleo essencial dessa previsão encontra-se no artigo 225 segundo o qual “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Tem-se aí o que SILVA define como “norma – matriz”, responsável por revelar o direito de todos ao ambiente ecologicamente equilibrado<sup>142</sup>.

O parágrafo primeiro do referido dispositivo traz um segundo grupo de normas que tem por objetivo garantir a efetividade do direito enunciado no *caput*.

Já os demais parágrafos tratam de situações específicas acerca das quais entendeu o constituinte ser necessária uma tutela específica imediata.

Conforme se procurou demonstrar, as constituições modernas<sup>143</sup> em sua maioria trazem tutela específica do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, conferindo-lhe maior ou menor grau de densidade a depender da época de sua elaboração, influências recebidas e modelo adotado.

Contudo, ainda nos países cujas constituições não trazem normatização acerca do direito ambiental, a construção doutrinária e jurisprudencial tem procurado buscar em outros princípios ou de outros direitos constitucionais, um princípio de defesa do ambiente e seus consectários lógicos.

Nesse sentido, MIRANDA informava que “(...) na Alemanha, fala-se num «direito ao mínimo ecológico de existência», análogo ao «mínimo social de existência», com base na ideia de dignidade da pessoa humana (que proíbe tomar o homem como

<sup>140</sup> Artigo 5º, LXXIII: qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em 26/09/2017.

<sup>141</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em 26/09/2017.

<sup>142</sup> SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 9ª ed. São Paulo. Malheiros. 2011. p. 54.

<sup>143</sup> A título exemplificativo, ainda podem ser citadas as normas constitucionais nos seguintes países: Índia (1949) arts. 48-A e 51-G; Cuba (1976) art. 38 nº1; Peru (1979) arts. 11 e 123; Equador (1979) art. 50; Coreia do Sul (1980) art. 33; Chile (1981) art. 19 nº8; Turquia (1982) art. 56; China (1982) arts. 9º e 26; Holanda (1983) art. 21; Guiné – Bissau (1984) art. 15; Irã (1986) art. 50; Filipinas (1987) seção 16, art. II; São Tomé e Príncipe (1990) art. 10, alínea d; Namíbia (1990) art. 11; Moçambique (1990) arts. 36 e 37; Colômbia (1991) arts. 79, 80, 88; Bulgária (1991) arts. 15 e 55; Roménia (1991) art. 144, nº 2, alínea “e”; Cabo Verde (1992) art. 70; Angola (1992) art. 24.

mero objeto do mundo técnico – industrial) ou com base no direito à vida, no direito ao livre desenvolvimento da personalidade ou nos princípios do Estado social de Direito.”<sup>144</sup> Na revisão constitucional de 1994 foi introduzido o artigo 20-A<sup>145</sup> que acolheu formalmente uma política ambiental que já vinha sendo desenvolvida de uma forma consistente desde o início da década de 70.<sup>146</sup>

## 2.3 – O direito ao ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental

Conforme se verá adiante, a existência de um direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado é um princípio específico desse ramo do direito, mas antes que se passe ao postulado principiológico, cuida-se agora de delimitar e conceituar esse direito.

A expressão “ambiente” indica o âmbito que nos cerca, entorno, local em que se vive. Daí a já explicitada opção de abandono da expressão “meio ambiente”, por se entender redundante, embora seja forçoso reconhecer que se trata de expressão largamente consagrada e utilizada por textos normativos, doutrina e jurisprudência.

É possível identificar duas concepções acerca do alcance da expressão “ambiente”, que é objeto de tutela do direito ambiental: a ampla e a restrita.

A concepção restrita baseia-se na premissa de que a natureza por si só é um bem merecedor de tutela, independentemente de sua capacidade de satisfazer as exigências humanas. Assim, a compreensão do que é ambiente restringe-se aos recursos naturais e suas interdependências. Trata-se de uma visão que pretende restringi-lo àquilo que se pode considerar o *núcleo duro* do direito do ambiente, associado à visão *ecocêntrica*, conforme explicitado.<sup>147</sup>

<sup>144</sup> MIRANDA, Jorge. A Constituição e o Direito do Ambiente. In Direito do ambiente : Comunicações apresentadas no Curso realizado no Instituto Nacional de Administração (17 a 28 de Maio de 1993) / coordenação de Diogo Freitas do Amaral, Marta Tavares de Almeida. Lisboa : INA, 1994, p. 355.

<sup>145</sup> Art. 20A. [PROTECTION OF THE NATURAL FOUNDATIONS OF LIFE AND ANIMALS] Mindful also of its responsibility toward future generations, the state shall protect the natural foundations of life and animals by legislation and, in accordance with law and justice, by executive and judicial action, all within the framework of the constitutional order. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/German\\_Federal\\_Republic\\_2014?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2014?lang=en).

<sup>146</sup> AMADO GOMES, Carla. Constituição e ambiente: Errância e simbolismo. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.9, n.17, Janeiro/Junho de 2012, p. 10.

<sup>147</sup> Cf. AMADO GOMES, Carla. O ambiente como objecto e os objectos do Direito do Ambiente. In Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente, nºs 11/12, 1999, p.p. 48/49.

Já para a concepção ampla, esses elementos devem ser compreendidos em sua integração com os bens culturais e artificiais correlatos<sup>148</sup>, chegando-se à conclusão de que esse conceito “(...) há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a Natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as beleza naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico.”<sup>149</sup> <sup>150</sup> Essa visão pode ser considerada *antropocêntrica*, pois parte da premissa de que os recursos naturais devem ser encarados como fontes de satisfação das necessidades e bem – estar do homem.

Assim, em uma visão mais ampliativa, diferenciam-se três conceitos que se identificam e se relacionam, mas não se confundem: a) ambiente natural ou físico, que corresponde ao solo, água, ar atmosférico, flora e interação dos seres vivos com seu meio<sup>151</sup>; b) ambiente artificial, constituído pelo espaço urbano construído (ordenadamente ou não); c) ambiente cultural, integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico e turístico que, embora também artificial, difere do anterior, pelos valores especiais dos quais se impregnou.<sup>152</sup>

<sup>148</sup> No mesmo sentido, é o artigo 5º.2 da Lei 19/2014 que define as bases da política do ambiente: “**O direito ao ambiente consiste no direito de defesa contra qualquer agressão à esfera constitucional e internacionalmente protegida de cada cidadão**, bem como o poder de exigir de entidades públicas e privadas o cumprimento dos deveres e das obrigações, em matéria ambiental, a que se encontram vinculadas nos termos da lei e do direito.” Disponível em [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_print\\_articulado.php?tabela=leis&artigo\\_id=&nid=2091&nversao=&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=2091&nversao=&tabela=leis).

<sup>149</sup> SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. São Paulo: Malheiros, 9ª ed. 2011, p. 20.

<sup>150</sup> Essa visão mais abrangente acerca do direito ambiental pode ser vista na sentença 210/87 da Corte Constitucional Italiana que expressamente menciona a tutela dos aspectos naturais e culturais: “*Va riconosciuto lo sforzo in atto di dare un riconoscimento specifico alla salvaguardia dell'ambiente come diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività e di creare istituti giuridici per la sua protezione. Si tende, cioè, ad una concezione unitaria del bene ambientale comprensiva di tutte le risorse naturali e culturali. Esso comprende la conservazione, la razionale gestione ed il miglioramento delle condizioni naturali (aria, acque, suolo e territorio in tutte le sue componenti), la esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici terrestri e marini, di tutte le specie animali e vegetali che in esso vivono allo stato naturale ed in definitiva la persona umana in tutte le sue estrinsecazioni. Ne deriva la repressione del danno ambientale cioè del pregiudizio arrecato, da qualsiasi attività volontaria o colposa, alla persona, agli animali, alle piante e alle risorse naturali (acqua, aria, suolo, mare), che costituisce offesa al diritto che vanta ogni cittadino individualmente e collettivamente. Trattasi di valori che in sostanza la Costituzione prevede e garantisce (artt. 9 e 32 Cost.), alla stregua dei quali, le norme di previsione abbisognano di una sempre più moderna interpretazione. E la direttiva comunitaria impegna lo Stato in maniera rilevante ad una considerazione coordinata dell'ambiente, alla esecuzione tempestiva e corretta degli impegni assunti e all'apprestamento delle misure opportune, necessarie ed indispensabili.*” Disponível em <http://www.giurcost.org/decisioni/1987/0210s-87.html>. Acesso em 09/10/17.

<sup>151</sup> A Lei Federal Brasileira 6398/81 traz boa definição em seu artigo 3º, I que define: “meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;”

<sup>152</sup> Por essa razão é possível considerar que a discussão entre a tensão entre o direito à moradia adequada e ao ambiente vai além das hipóteses de ocupação de áreas de interesse ecológico. A esse respeito, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais foi instado a decidir demanda proposta pelo Ministério Público que questionava a desafetação de bens institucionais destinados à instalação de equipamento urbano, promovida pelo poder

A propósito, FRANCO adverte que é da tensão entre esses ambientes que surge o próprio direito ambiental. Com efeito, tanto as políticas ambientais quanto o próprio direito ambiental surgem a reboque do desenvolvimento industrial, que teve como reflexo o agravamento da pobreza e dos danos ambientais.<sup>153</sup> Com o surgimento destes torna-se indispensável o desenvolvimento das citadas políticas públicas que necessitam de arcabouço jurídico para sua implementação.

Do confronto entre as duas visões acima explicitadas, surge aquilo que poderia se considerar uma posição intermediária. O ambiente é visto como um conceito indeterminado, aberto e relativo que tem seus contornos determinados por fatores físicos, econômicos, culturais e científicos de cada época. Isso traz liberdade para a adoção da visão antropocêntrica ou ecocêntrica, a depender da perspectiva subjacente ao ordenamento jurídico ambiental.<sup>154</sup>

Importante ressaltar que parte da doutrina nega a existência do direito ambiental como ramo autônomo do direito, ao argumento de que seus princípios ainda não estariam suficientemente amadurecidos<sup>155</sup>.

Para que uma disciplina jurídica seja autonomamente reconhecida, é necessário ser dotada de princípios que a informem, orientem e disciplinem sua relação com os demais ramos do direito, além da existência de normas próprias que a regulem. Assim, em relação ao direito ambiental, a existência de princípios e normas próprias acabam por impor à maioria<sup>156</sup> o reconhecimento de que se trata de disciplina autônoma.

---

municipal a fim de implementar projeto habitacional. Na hipótese o juízo de primeiro grau deferiu medida liminar a fim de impedir a municipalidade de edificar ou alienar as áreas institucionais apontadas. Essa decisão foi inicialmente mantida pelo referido Tribunal sob o argumento de que “Embora o direito à moradia constitua um direito fundamental social, igualmente o é o direito à infra-estrutura urbana e ao lazer, havendo respaldo para que se demande em juízo a preservação de áreas institucionais, destinadas à implementação de equipamento urbano e comunitário.”. TJMG Agravo de Instrumento nº 1.0702.11.048376-6/001.

Disponível

em

<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0702.11.048376-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>.

<sup>153</sup> FRANCO, Antonio Souza. Ambiente e desenvolvimento. Enquadramento e Fundamentos do Direito do Ambiente. In Direito do ambiente: Comunicações apresentadas no Curso realizado no Instituto Nacional de Administração [de] 17 a 28 de Maio de 1993 / coordenação de Diogo Freitas do Amaral, Marta Tavares de Almeida. Oeiras : INA, 1994, p.p. 46/47.

<sup>154</sup> Cf. AMADO GOMES, Carla. O ambiente..., cit., p.p. 50.

<sup>155</sup> Essa é a posição de ANTUNES, Paulo de Bessa. Curso de Direito Ambiental. 2ª ed. Rio de Janeiro. Renovar: 1992. p. 62. Esse posicionamento foi revisto na 6ª ed. 2002. p. 28 e 29. Ainda no mesmo sentido, MUKAI, Toshio. Direito ambiental sistematizado. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1998. p. 34/35, afirmando que a interdisciplinaridade afeta a autonomia do direito ambiental.

<sup>156</sup> Por todos, ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 25.



Pode-se conceituar o direito do ambiente como o complexo de princípios e regras coercitivas reguladoras das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando à sua sustentabilidade para as presentes e futuras gerações<sup>157</sup>.

Em sentido bastante próximo, mas adotando um conceito mais restrito de ambiente, AMADO GOMES assevera que “(...) o Direito do Ambiente deve ser entendido como o conjunto de princípios e normas que disciplinam as intervenções humanas sobre os bens ecológicos, de forma a promover a sua preservação, a impedir destruições irreversíveis para a subsistência equilibrada dos ecossistemas e a sancionar as condutas que os lesem nas suas integridade e capacidade regenerativa.”<sup>158</sup>

Importa agora identificar se o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado é um direito materialmente fundamental, o que traz como consequência a aplicação do regime próprio aplicável aos direitos fundamentais.

Já se teve a oportunidade de discorrer acerca dos critérios utilizados para que se classifique como fundamental um direito reconhecido pelo ordenamento jurídico, quando se tratou das repercussões jurídicas do direito à moradia adequada.<sup>159</sup>

Na doutrina portuguesa, RANGEL informa que o direito em estudo é reconhecido majoritariamente como direito fundamental<sup>160</sup>. Embora esteja inserido no Capítulo II (dos direitos e deveres sociais) do Título III do texto constitucional, uma característica importante a se considerar a respeito desse direito é sua dupla natureza – o que é comum aos direitos sociais - podendo ser considerado um direito positivo e, portanto, dotado de capacidade de impor algumas obrigações, como também direito de defesa ou negativo, a exigir a abstenção por parte do estado e da coletividade.<sup>161</sup>

<sup>157</sup> Segundo MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 759. Outra conceituação que nos parece enriquecedora – embora de certa forma pareça negar a unicidade desse ramo do direito – é a de FRANCO, segundo a qual direito ambiental é o conjunto, horizontal e materialmente determinado, de tópicos, princípios, regras e situações jurídicas pertencentes a diversos ramos do direito que se originam e regulam a preocupação com o ambiente e a ecologia. Trata-se, pois, de um conjunto variado de normas e instituições jurídicas com um objeto material comum. FRANCO, Antônio Souza. *Op. Cit.* p. 73.

<sup>158</sup> AMADO GOMES, Carla. *Ambiente (Direito do)*. In: *Textos dispersos de Direito do Ambiente*. Lisboa, 2005, p. 95.

<sup>159</sup> Remete-se, portanto, o leitor para aquele capítulo a fim de se evitar repetições desnecessárias.

<sup>160</sup> RANGEL, Paulo Castro. *Concertação, programação e direito do ambiente*. Coimbra, 1994. p. 24.

<sup>161</sup> No mesmo sentido: HENKES, Silvana L. *In Colisão de direitos fundamentais: meio ambiente ecologicamente equilibrado e acesso à moradia em áreas protegidas*, p. 875. Em sentido contrário ALEXANDRINO nega que seja um direito fundamental, não reconhecendo sequer se tratar de um direito subjetivo: “Os interesses difusos (de que constituem exemplos, entre outros constitucionalmente assinalados na parte 1 da CRP, a saúde pública, a proteção do ambiente, o patrimônio cultural), nem são direitos nem são interesses simplesmente individuais, nem tão – pouco puros interesses públicos. Distinguem-se dos direitos fundamentais por não constituírem situações jurídicas activas das pessoas e,





direito fundamental, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ainda goza de relevo especial na missão de tutelar e de desenvolver o princípio da dignidade humana<sup>166</sup> ou como desdobramento imediato da co-responsabilidade intergeracional. Somados, assim, requisitos formais e materiais, pode-se falar no Brasil de um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como se pode referir a uma ordem ambiental que completa e condiciona a ordem econômica e que, por tipologia, integra-se na ordem social.”<sup>167</sup>

Já na Espanha, não obstante a disposição do artigo 45, alínea 1 no sentido de que todos são titulares do direito ao ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa humana, prevalece o entendimento de que a proteção do ambiente não integra a categoria dos direitos fundamentais.<sup>168</sup>

MARTIN MATEO sustenta que o já citado artigo 45 teve sua inspiração na Constituição portuguesa de 1976, mas que, ao contrário do texto lusitano, carece de maior precisão sobre as características concretas do ambiente protegido e sobre as ações que o Estado se compromete a realizar em sua defesa, optando por uma versão mais globalizante e finalista que lhe empresta caráter programático e privado de cobertura jurídica mais efetiva. Acrescenta ainda que a própria jurisprudência espanhola ressalta que o conceito de melhor qualidade de vida pode não estar atrelado unicamente à preservação do ambiente, sendo necessário que se compatibilize casuisticamente este com outros bens constitucionalmente protegidos também indispensáveis à qualidade de vida, como o desenvolvimento econômico.<sup>169 170</sup>

---

<sup>166</sup> A fim de evitar repetições desnecessárias, remete-se o leitor para o capítulo 1, onde já se teve a oportunidade de demonstrar que parte da doutrina não admite o princípio da dignidade da pessoa humana como elemento identificador da fundamentalidade de um direito.

<sup>167</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit. p. 98.

<sup>168</sup> É o que nos informa CAPELLA, Op. cit. p. 223.

<sup>169</sup> MARTIN MATEO, Ramon. Tratado de Derecho Ambiental. Vol. 1. Madrid : Trivium, 1992-0000. pp. 107/111.

<sup>170</sup> A propósito, se manifestou o Tribunal Constitucional Espanhol na sentença 64/1982: “El art. 45 recoge la preocupación ecológica surgida en las últimas décadas en amplios sectores de opinión que ha plasmado también en numerosos documentos internacionales. En su virtud no puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de la producción a toda costa, sino que se ha de armonizar la «utilización racional» de esos recursos con la protección de la naturaleza, todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar una mejor calidad de la vida. (...) Recuérdese también que la «calidad de la vida» que cita el art. 45 y uno de cuyos elementos es la obtención de un medio ambiente adecuado para promoverla está proclamada en el preámbulo de la Constitución y recogida en algún otro artículo como el 129.1. Sin embargo, debe advertirse que la Constitución impone asimismo «el deber de atender al desarrollo de todos los sectores económicos» (art. 130.1), deber al que hace referencia el art. 55.1 del Estatuto de Cataluña. Ese desarrollo es igualmente necesario para lograr aquella mejora. La conclusión que se deduce del examen de los preceptos constitucionales lleva a la necesidad de compaginar en la forma que en cada caso decida el legislador

Por fim, ainda que sem a pretensão de aprofundamento do tema a fim de não fugir ao objeto do presente estudo, não há consenso acerca de tratar-se ou não de direito subjetivo. Conforme já explicitado no capítulo que trata do direito à moradia adequada, aqui se sustentou que todo o direito fundamental possui um aspecto de direito de defesa, a exigir que o Estado e os particulares se abstenham de praticar condutas lesivas ao direito fundamental. Assim, ao menos do que diz respeito ao seu aspecto de direito negativo (ou de defesa), é de se reconhecer que a posição jurídica subjetiva é tutelável<sup>171</sup>. Por essa razão, adota-se o entendimento que reconhece o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado como direito subjetivo.

Identificados os conceitos e natureza jurídica dos institutos, passa-se ao estudo dos princípios constitucionais relacionados ao tema, que auxiliam na compreensão do direito ambiental como disciplina autônoma, bem como sua relação com os demais ramos do direito.

## **2.4 – Princípios constitucionais ambientais e desenvolvimento sustentável**

Conforme já mencionado, a existência de princípios informadores é característica indispensável ao reconhecimento de autonomia de um ramo do direito.

MILARÉ, ao abordar o tema, esclarece que o direito, como ciência humana e social, pauta-se também pelos postulados da filosofia e das ciências, entre os quais está a necessidade de princípios constitutivos para que a ciência possa ser considerada autônoma, ou seja, suficientemente desenvolvida e adulta para existir por si e situar-se num contexto científico dado.<sup>172</sup>

Daí a relevância de se buscar a correta definição e alcance dos princípios constitucionais já amplamente reconhecidos sobre o tema, pois, como já dito, eles auxiliarão sobretudo na compreensão de sua interação com outros ramos e institutos jurídicos.

---

competente la protección de ambos bienes constitucionales: el medio ambiente y el desarrollo económico.” Disponível em <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/106>, acesso em 06/11/2017.

<sup>171</sup> Nesse sentido: SILVA, Vasco Pereira da. Verde cor de direito. Lições de direito do ambiente. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2005, p. 91. Repita-se que o reconhecimento da existência desse aspecto defensivo dos direitos fundamentais em geral (e do direito à moradia adequada e ao ambiente ecologicamente equilibrado em especial) já se mostra suficiente para a solução do problema enfrentado no presente estudo.

<sup>172</sup> MILARÉ, Édis. Op. cit. p. 760.

Princípios gerais de direito são, nas palavras de REALE, “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.”<sup>173</sup>

Deve-se compreender, pois, os princípios como enunciados deônticos que reúnem e materializam os valores fundamentais do ordenamento jurídico. Podem ser expressos ou implícitos<sup>174</sup>, sendo certo que mesmo nas culturas jurídicas onde se pretende a máxima positividade, é da natureza dos princípios desenvolverem-se independentemente de previsão expressa, já que possuem caráter dinâmico. Quanto mais se positiva, desde que se mantenha a coerência sistêmica, mais eles se desenvolvem, se modificam e se adaptam aos novos contextos regulativos.

Conforme se terá a oportunidade de demonstrar, a compreensão acerca da estrutura dos princípios é fundamental na indicação da técnica jurídica capaz de solucionar a tensão entre o direito à moradia adequada e ao ambiente ecologicamente equilibrado. Ao mesmo tempo, conforme já destacado, a solução adequada a essa colisão somente poderá ser encontrada através do conhecimento acerca do conteúdo dos princípios relacionados a esses direitos.

Segundo SAMPAIO, há um *prima principium* ambiental: o do desenvolvimento sustentável. Segundo ele, deve ser observado o uso racional e equilibrado dos recursos naturais, de forma a atender às necessidades das gerações presentes, sem prejudicar o seu emprego pelas gerações futuras<sup>175</sup>. É dizer que o desenvolvimento econômico e social não pode se dar em desarmonia com a natureza,

<sup>173</sup> REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 18ª ed. São Paulo: Saraiva. 1991. p. 300.

<sup>174</sup> É possível encontrar posicionamento doutrinário que refute a existência de princípios implícitos. Nesse sentido Álvaro Luiz Valery Mirra sustenta que os princípios devem ser extraídos do ordenamento jurídico posto, pois “não cabe ao intérprete e ao aplicador do Direito Ambiental estabelecer os seus próprios princípios, com base naqueles preceitos que ele gostaria que prevalecessem, mas que não são aceitos pela ordem jurídica.” *In* Princípios fundamentais do direito ambiental. Revista de Direito Ambiental, nº 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril a junho de 1996. p. 53. Este entendimento, contudo, não encontra respaldo na jurisprudência majoritária. A propósito, o Supremo Tribunal Federal tem admitido uma ampla gama de princípios constitucionais implícitos. A título exemplificativo, no RE – 477554 reconheceu o “postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV)”. Julgado disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=ADI+1923&pagina=2&base=INFO>, acesso em 17/11/2017.

<sup>175</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. Princípios de Direito Ambiental na Dimensão Internacional e Comparada. Belo Horizonte: Ed. Del Rey. 2003, p. 47 e segs.

devendo ser observada a manutenção das condições ambientais para que elas possam ser igualmente desfrutadas pelas gerações atuais e futuras<sup>176</sup>.

Para que se alcance essa almejada sustentabilidade, RIECHMANN sugere a adoção de seis critérios, a saber: a) irreversibilidade zero: segundo o qual qualquer atividade que gere danos irreversíveis deve ser absolutamente abolida; b) renovação sustentável: a taxa de utilização dos recursos renováveis deve ser igual ou inferior à taxa de regeneração dos mesmos; c) consumo sustentável: a taxa de consumo de recursos não renováveis deve ser igual ou inferior à taxa de criação de substitutos renováveis; d) emissão sustentável: a emissão de resíduos deve ser igual à capacidade dos ecossistemas de assimilarem-nos, o que compreende a emissão zero de resíduos não degradáveis, bem como a limitação da quantidade de emissão de resíduos biodegradáveis; e) seleção sustentável de tecnologias: preferência às tecnologias que aumentem a produtividade dos recursos; e) precaução: observância de condutas antecipadamente vigilantes.<sup>177</sup>

O princípio em comento está expressamente consignado nos princípios 1 e 4<sup>178</sup> da já mencionada Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento do Rio de Janeiro.

A Constituição brasileira, embora não utilize literalmente essa expressão, reconhece-o em diversas passagens. Nesse sentido, é de se considerar que o próprio artigo 225 resume o projeto sustentável de utilização dos recursos naturais. Também se manifesta esse princípio na imposição de coexistência entre a livre iniciativa e a defesa do ambiente, com vista de assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social (artigo 170, VI); na conceituação de função social da propriedade rural, que tem como requisitos o aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, bem como a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (artigo 186, I, II e IV).

---

<sup>176</sup> É também o que se depreende da lição de PERALES, que define o desenvolvimento sustentável como “(...) *el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.*” PERALES, Carlos de Miguel. *Derecho Español del medio ambiente*. 2ª ed. Civitas: Madrid. 2002. p. 28. Contudo, registre-se a posição de DERANI, para quem o desenvolvimento sustentável não seria um princípio, mas sim uma outra maneira de designar o Direito Ambiental, pois a razão deste seria a busca do desenvolvimento sustentável. DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad. 1997. p. 153

<sup>177</sup> RIECHMANN, Jorge. *Desarrollo Sostenible: La Lucha Por La Interpretacion*. In: *Ecologia y Economia*. Madrid: Fundación Primeiro de Mayo, Trotta. 1995.

<sup>178</sup> Princípio 1: Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza; Princípio 4: Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste. Disponível em <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em 12/09/2017.

A Constituição portuguesa regula expressamente o tema, sendo certo que o artigo 66, item 2, se utiliza da expressão “desenvolvimento sustentável”, indicando condutas que devem ser observadas para que ele seja alcançado.

Como destacado, o princípio constitucional do desenvolvimento sustentável pode ser considerado a matriz de uma série de princípios mais concretos de direito ambiental. Inúmeras são as abordagens doutrinárias, sendo certo que alguns autores optam por uma enumeração mais extensa, ao passo que outros identificam um número menor de princípios, fundindo o conteúdo de alguns princípios em apenas um.

Considerando-se que não há razoável acordo quanto aos princípios relacionados ao Direito Ambiental que efetivamente estariam reconhecidos pela maioria das constituições vigentes, passa-se à análise daqueles que se entende serem fundamentais à correta compreensão do tema e que fornecem elementos à solução da questão que se trata no presente trabalho, sem que se tenha a pretensão de esgotar o tema.<sup>179</sup>

Conforme já asseverado anteriormente, no período pós guerra e, notadamente, na década de setenta, a crescente degradação dos recursos naturais e sua consequente escassez e alto custo, fez com que o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado passasse a compor o quadro dos direitos fundamentais – por alguns classificados como de terceira geração – passando a integrar, gradativamente, o texto da maioria dos textos constitucionais dos Estados Democráticos de Direito.

Os direitos fundamentais em geral são princípios da ordem jurídica<sup>180</sup>. Assim, sua inserção no rol dos direitos fundamentais aliada à conclusão de que o direito ambiental é ramo autônomo – a que se chegou anteriormente – permite afirmar que a existência de garantia ao ambiente ecologicamente equilibrado é princípio constitucional de direito ambiental.

Trata-se, na verdade, de decorrência direta do direito à vida, ligada não apenas à sua existência e manutenção, mas também a seu aspecto qualitativo.

Esse princípio tem assento, a título exemplificativo, no artigo 66 da Constituição portuguesa e artigo 45 da Constituição espanhola. Na Constituição brasileira está expressamente previsto no artigo 225 que confere direito a um ambiente “ecologicamente equilibrado”. Não é demais repetir que a colocação topográfica do artigo

---

<sup>179</sup> Para uma visão mais aprofundada, SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. *Princípios de Direito Ambiental na Dimensão Internacional e Comparada*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey. 2003

<sup>180</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos fundamentais: introdução geral*. 2ª ed. Estoril: Princípios, 2015, p. 26.

225 da Constituição Brasileira não retira o caráter de fundamentalidade do direito, mormente em razão da disposição do já citado artigo 5º §2º do diploma constitucional.

Segundo MILARÉ, trata-se de princípio transcendental de todo ordenamento jurídico ambiental, o que lhe confere o *status* de verdadeira cláusula pétrea<sup>181</sup>, servindo de norte à legislação em elaboração bem como de novo vetor interpretativo para as normas já existentes.

Além da já citada ampla previsão nos textos constitucionais modernos, encontra-se reconhecido na Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano de 1972<sup>182</sup>, na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992<sup>183</sup>.

Outro princípio central do direito ambiental é o **princípio da solidariedade intergeracional**. Ante a constatação de que os recursos naturais são esgotáveis e que atualmente são consumidos muito mais recursos do que a capacidade planetária de suporte e reposição, surge a consciência de que o princípio em estudo se faz necessário à preservação da vida.

Segundo esse princípio, existe uma responsabilidade da atual geração para com as futuras, no sentido de permitir que estas encontrem o ambiente suficientemente preservado e possam com ele interagir também de maneira sustentável.

A doutrina ambientalista costuma realizar uma distinção entre a solidariedade sincrônica e diacrônica. Aquela trata das relações de cooperação entre as gerações contemporâneas, ao passo que esta refere-se à solidariedade entre as gerações que se sucedem no tempo. Note-se, que ambas estão compreendidas na expressão ‘intergeracional’, ora adotada.

Encontra-se expresso no princípio 2 da já citada Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano ( 1972)<sup>184</sup> e na Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992) em seu princípio 3<sup>185</sup>: ambas mencionam a necessidade de se preservar o ambiente em benefício “das gerações atuais e futuras”.

---

<sup>181</sup> MILARÉ, Édis. Op. cit. p. 763

<sup>182</sup> Princípio 1: O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras.

<sup>183</sup> Princípio 1: Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza.

<sup>184</sup> Princípio 2: Os recursos naturais da terra incluídos o ar, a água, a terra, a flora e a fauna e especialmente amostras representativas dos ecossistemas naturais devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante uma cuidadosa planificação ou ordenamento.

<sup>185</sup> Princípio 3: O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras.

Na Constituição brasileira está positivado artigo 225, *caput*, que impõe ao poder público o dever de defender e preservar o ambiente para as presentes e futuras gerações.

Igualmente, a Constituição portuguesa o prevê expressamente em seu artigo 66, 2, d, ao determinar que incumbe ao Estado, com a participação dos cidadãos, promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações.

Acerca de seu fundamento ético, adverte-se que a solidariedade já foi prevista pelo ordenamento da natureza desde sempre. “ (...) O ordenamento humano natural e, da mesma forma, o social, adotam-na como fundamento. O ordenamento jurídico positivo a pressupõe. Por conseguinte, a solidariedade, como valor natural cultivado, é fonte para a ética e para o direito.<sup>186</sup>”

Esse princípio se revela de grande interesse para o estudo da colisão entre os direitos à moradia e ao ambiente ecologicamente equilibrado, na medida em que é bastante utilizado para indicar a prevalência deste, considerando ser um interesse público de titularidade ampla<sup>187</sup>, o que será objeto de análise no Capítulo 4.

Uma vez que a tutela ao ambiente se destina a garantir a fruição humana coletiva, há que se reconhecer sua natureza pública. Daí falar-se em **princípio da natureza pública da proteção ambiental**.

Com efeito, não é possível a apropriação individual de parcelas do ambiente para fruição particular.

Juridicamente, o ambiente ecologicamente equilibrado é de uso comum do povo, sendo certo que sua realização individual está diretamente ligada e subordinada à realização social.

Existe, portanto, o direito ao que se pode chamar de ordem pública ambiental, que tem por fonte básica o ordenamento jurídico que imputa ao Estado a responsabilidade de assegurar o equilíbrio e a sustentabilidade ambiental.

Nesse sentido, o *caput* do artigo 225 da Constituição brasileira a ele se refere como “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, impondo sua observância à coletividade e ao Poder Público.

---

<sup>186</sup> MILARÉ, Op. cit. p. 764.

<sup>187</sup> Conforme se terá a oportunidade de demonstrar, essa afirmativa é tão comum quanto equivocada, não sendo possível identificar a prevalência, *a priori*, de um direito fundamental sobre o outro.



Interessante notar que o princípio em comento guarda estreita relação com o princípio geral da primazia do interesse público. É dizer que, segundo parte da doutrina ambientalista, a proteção ao ambiente ecologicamente equilibrado, por sua natureza pública, deve prevalecer sobre interesses privados.<sup>188</sup>

Outro princípio constitucional ambiental muito relevante para a hipótese em estudo é o da **precaução**. Inicialmente, é importante que se ressalte que não raras vezes os autores optam por tratar conjuntamente o que aqui se chama de princípios da precaução e prevenção<sup>189</sup>, este último, analisado em seguida.

Não obstante, prefere-se aqui tratar diferenciadamente os institutos.

A etimologia é capaz de indicar a principal diferença. Prevenção é substantivo do verbo prevenir (do latim *prae* = antes e *venire* = vir, chegar), indicando ato ou efeito de antecipar-se; chegar antes. Já precaução é substantivo do verbo precaver (do latim *prae* = antes e *cavere* = tomar cuidado), significando cuidados antecipados com o desconhecido.

Assim, o princípio da prevenção, conforme se verá, trata de riscos ou impactos já conhecidos pela ciência ao passo que a precaução se refere a riscos ainda não cientificamente comprovados ou incertos.

Já o princípio da precaução é invocado quando as conclusões científicas acerca da potencialidade lesiva ao ambiente são insuficientes, inconclusivas ou incertas, mas existe de fato a possibilidade de que a saúde das pessoas, animais ou a proteção vegetal estejam expostas a risco superior ao nível razoável de proteção<sup>190</sup>. Essa distinção fica bem clara nas lições de MACHADO, ao afirmar que “(...) em caso de certeza do dano

---

<sup>188</sup> Esse argumento é comumente utilizado nos casos de ponderação com o direito à moradia adequada. Conforme se terá a oportunidade de discutir no item 4.4, a própria existência do princípio da supremacia do interesse público é questionada pela doutrina atual, considerando-se a centralidade do valor da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico.

<sup>189</sup> Nesse sentido, MILARÉ entende que prevenção é gênero que engloba precaução como espécie. Op. cit. p. 766.

<sup>190</sup> Esse, a propósito, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que reconhece expressamente esse princípio e assim o define: “Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito Constitucional e Ambiental. Acórdão do tribunal de origem que, além de impor normativa alienígena, desprezou norma técnica mundialmente aceita. Conteúdo jurídico do princípio da precaução. (...) **O princípio da precaução é um critério de gestão de risco a ser aplicado sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos**, o que exige que o estado analise os riscos, avalie os custos das medidas de prevenção e, ao final, execute as ações necessárias, as quais serão decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais.” (grifou-se) RE 627189/SP. Relator: Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 08/06/2016. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28627189%2EENUME%2E+OU+627189%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/jz5ke9m>, acesso em 17/11/2017.

ambiental, este deve ser prevenido, como preconiza o princípio da prevenção. Em caso de dúvida ou de incerteza, também se deve agir prevenindo. Essa é a grande inovação do princípio da precaução. A dúvida científica expressa com argumentos razoáveis, não dispensa prevenção(...). aplica-se o princípio da precaução ainda quando existe a incerteza, não se aguardando que esta se torne certeza.”<sup>191</sup>

A principal crítica à aplicação desse princípio reside no fato de que a incerteza científica acerca da lesividade não poderia obstar a atividade econômica, sob pena de ofensa aos valores da livre iniciativa (artigo 1º, IV, 2ª parte da Constituição brasileira), da livre expressão da atividade científica (artigo 5º, IX da Constituição brasileira), do direito de propriedade (artigo 5º, XXII da Constituição brasileira) e da ordem econômica. Constituiria um obstáculo imotivado ao desenvolvimento.

Conforme destaca FIGUEIREDO, “estas críticas não se sustentam, pois ciência não se confunde com exigências do lucro imediato e socialmente irresponsável nem podem os cientistas aceitar o risco difuso como se este fosse individualizável e perfeitamente delimitável no espaço e no tempo, alcançando somente os beneficiários da empresa pretendida.”<sup>192</sup>

A Constituição brasileira adota-o implicitamente, ao prever no artigo 225, V o controle à “produção, [a] comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”.

Igualmente, a Constituição portuguesa prevê no artigo 66, 2, a, a obrigação de “Prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão”, permitindo considerar que o princípio em estudo tem assento em seu texto

No Brasil, o decreto legislativo 01 de 03/02/1994<sup>193</sup> incorporou a Convenção das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, adotada em Nova Iorque, em 9 de maio de 1992, o que representa a adoção expressa do princípio no ordenamento jurídico.

Embora não se trate de previsão constitucional, interessante ressaltar que a Lei de crimes ambientais<sup>194</sup> previu expressamente a adoção desse princípio, uma vez que

<sup>191</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 17ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 75.

<sup>192</sup> FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. A propriedade no direito ambiental. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 134

<sup>193</sup> Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1994/decretolegislativo-1-3-fevereiro-1994-358285-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 09/01/2017.

<sup>194</sup> Lei 9605/98. Art. 54.: Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: (...) § 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

a omissão na adoção de medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível é circunstância capaz de sujeitar o infrator a reprimenda mais severa. Igualmente, a lei da biossegurança estabelece o princípio da precaução como diretriz em seu artigo primeiro<sup>195</sup>.

Um relevante desdobramento desse princípio é que ele tem servido de fundamento ao Superior Tribunal de Justiça para admitir a inversão do ônus da prova em matéria ambiental, assegurando também a efetividade do direito à informação e estabelecendo um panorama processual mais igualitário e participativo. Nesse sentido afirma que “(...) O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva<sup>196</sup>.”

Especificamente acerca do tema em estudo, se coloca a seguinte indagação: nas hipóteses em que não esteja comprovada a existência de dano, a aplicação do princípio da precaução permite a remoção forçada de moradores de áreas de interesse ambiental? É o que se buscará responder no item 4.4, cabendo agora esclarecer que a resposta passará pela ponderação entre o interesse ambiental, agasalhado pelo princípio da precaução e o direito à moradia adequada.

A seu turno, com o **princípio da prevenção** se pretende a imposição de medidas acautelatórias a fim de impedir a ocorrência de danos derivados da prática de atividades que, comprovadamente, sejam lesivas ou potencialmente lesivas ao ambiente.

Conforme já mencionado, aplica-se esse princípio quando o risco está cientificamente comprovado. Segundo ANTUNES, “ (...) o princípio da prevenção aplica-se a impactos já conhecidos e dos quais se possa, com segurança, estabelecer um conjunto de nexos de causalidade que seja suficiente para a identificação dos impactos futuros prováveis.”<sup>197</sup>

KISS *et al.* indica que as manifestações mais claras desse princípio são a adoção dos estudos prévios de impacto ambiental, o licenciamento ambiental, o uso da

---

<sup>195</sup> Lei 11.105/05, Art. 1º: Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

<sup>196</sup> Recurso Especial 1.060.753 – SP. Relatora Ministra Eliana Calmon. Julgado em 01/12/2009. Disponível em

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6766464&num\\_registro=200801130826&data=20091214&tipo=5&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6766464&num_registro=200801130826&data=20091214&tipo=5&formato=HTML). Acesso em 03/01/2018.

<sup>197</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 45.

melhor tecnologia disponível (*Best Available Technology - BAT*), o monitoramento de emissões de poluentes, a divulgação de informações ambientais, entre outras<sup>198</sup>.

Da correta compreensão da profundidade e importância desse princípio surge a assertiva, comum na doutrina ambiental, no sentido de que os objetivos do direito ambiental são fundamentalmente preventivos. Nesse sentido, é importante compreender a fragilidade das medidas sancionadoras, que muitas vezes não será hábil a reparar efetivamente o dano ambiental já consumado. Nesse sentido, MATEO destaca que *“Aunque el Derecho ambiental se apoya a la postre en un dispositivo sancionador, sin embargo, sus objetivos son fundamentalmente preventivos. Ciertamente que la represión lleva implícita siempre una vocación de prevención en cuanto que lo que pretende es precisamente por vía de amenaza y admonición evitar el que se produzcan los supuestos que dan lugar a la sanción, pero en Derecho ambiental la coacción a posteriori resulta particularmente ineficaz, por un lado en cuanto que de haberse producido ya las consecuencias, biológica y también socialmente nocivas, la represión podrá tener una trascendencia moral, pero difícilmente compensará graves daños, quizá irreparables, lo que es válido también para las compensaciones impuestas imperativamente.”*<sup>199</sup>

**O princípio do controle do poluidor pelo poder público** surge, em grande parte, pelo fato de o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado – assim como os direitos fundamentais que lhe são contemporâneos – possuir um viés de solidariedade e fraternidade, privilegiando o caráter transindividual e difuso<sup>200</sup>, competindo ao poder público realizar as intervenções e tomar as medidas necessárias a fim de preservar e restaurar os recursos ambientais através de sua utilização racional, garantindo sua disponibilidade permanente.

<sup>198</sup> KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. *Guide to internacional environmental law*. Leiden/Boston: Martinus Hijhoff Publishers, 2007, p. 89.

<sup>199</sup> MARTIN MATEO, Ramon. *Tratado de Derecho Ambiental*. Vol. 1. Madrid : Trivium, 1992-0000, p. 93.

<sup>200</sup> Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal se manifestou ao julgar a ADI 1.856/RJ. Na ocasião se julgava a constitucionalidade de legislação estadual que regulamentava a “briga de galo”. Embora adotando o posicionamento que aceita as chamadas gerações de direitos fundamentais (ao contrário do que aqui se sustentou), o Ministro relator assim se pronunciou sobre o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, para depois concluir pela inconstitucionalidade da norma em razão de prática de crueldade contra a fauna: “Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível, consoante proclama autorizado magistério doutrinário (CELSONO LAFER, “Desafios: Ética e Política”, p. 239, 1995, Siciliano).” Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpweb/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>, acesso em 14/11/2017.

A Constituição brasileira prevê expressamente em seu artigo 23, *caput*, VI, a competência comum de todos os entes federativos proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas. Prevê ainda no artigo 225, §1º, I, que incumbe ao poder público preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas. É, portanto, possível afirmar que esse princípio tem assento expreso na Constituição.

A atuação do poder público pode se dar tanto no exercício do poder de polícia administrativa, limitando a atuação nociva ao ambiente, quanto estabelecendo ajustes que possibilitem a cessação ou redução ao mínimo possível das atividades nocivas<sup>201</sup>.

Tratando especificamente acerca da colisão entre o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à moradia adequada, a omissão estatal em fiscalizar adequadamente já foi considerada relevante ao menos sob dois aspectos.

Inicialmente, é possível identificar, tanto na doutrina<sup>202</sup> quanto na jurisprudência<sup>203</sup>, entendimento no sentido de que a omissão no exercício da atividade fiscalizatória pode gerar ao Poder Público o dever de recuperar o ambiente, ainda que essa obrigação seja reconhecida como solidária à dos removidos.

Igualmente, já foi reconhecida pela jurisprudência a obrigação de o Poder Público regularizar loteamentos irregulares já constituídos de fato, em razão de sua omissão no dever de fiscalização<sup>204</sup>, bem como o dever de conceder o “habite-se” à

---

<sup>201</sup> A isso MILARÉ chama de “características pedagógicas” da política ambiental, que teriam um caráter mais educativo do que propriamente repressivo. Ressalta que na legislação infraconstitucional brasileira, é possível apontar o artigo 5º, §6º da Lei 7347/85, que confere legitimidade a determinados órgãos públicos para realizar termos de ajustamento de conduta, que podem ser utilizados na tutela do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, por se tratar de direito transindividual. MILARÉ, Édís, *Princípios Fundamentais do Direito do Ambiente*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31982-37487-1-PB.pdf>. Acesso em 14/11/2017.

<sup>202</sup> Nesse sentido, FITTIPALDI, Mariana. A judicialização do conflito entre o direito ao meio ambiente e o direito à moradia nas cidades: uma análise das decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro sob a perspectiva do direito à cidade. In *Congresso Internacional de Direito Ambiental (10.: 2006 : São Paulo, SP) - International Conference on Environmental Law. Direitos humanos e meio ambiente - Human rights and the environment / org. Antonio Herman Benjamin*. São Paulo : Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006. p. 749.

<sup>203</sup> Assim decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos da Apelação Cível nº 0011109-09.2002.8.26.0562: AÇÃO AMBIENTAL. Santos. Construção em área de preservação permanente. Demolição. Recomposição da cobertura vegetal. (...) 5. Reparação do dano. Município. O Município tem o dever de regulamentar e disciplinar a ocupação do solo, coibindo as ocupações irregulares e ilegais. Omissão evidente do Município, que permitiu a ocupação aqui cuidada.” Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=5224812&cdForo=0>.

<sup>204</sup> Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça no REsp 292846/SP, mesmo havendo nos autos alegação de dano ambiental: “Se o Município omite-se no dever de controlar loteamentos e parcelamentos de terras, o Poder Judiciário pode compeli-lo ao cumprimento de tal dever”. Disponível em [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=292846&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=292846&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true). No mesmo sentido o REsp 124714/SP disponível em

moradia localizada em área de preservação permanente, em razão de falhas no seu dever de fiscalização.<sup>205</sup>

O **princípio do poluidor** pagador foi introduzido pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE em 26 de maio de 1972, por meio da Recomendação C(72) 128 do Conselho Diretor<sup>206</sup>, que trata da relação entre as políticas ambiental e econômica, a adoção desse princípio implica em que os custos ambientais gerados pelo processo produtivo, ainda que externos a este, devem ser levados em consideração pelos agentes econômicos.

Assim, devem ser agregados aos custos produtivos a fim de que sejam por eles suportados. Trata-se de um mecanismo de responsabilidade pelos danos ecológicos produzidos contra bens, pessoas e toda a natureza.

Nas palavras de ANTUNES: “O princípio do poluidor pagador parte da constatação de que os recursos ambientais são escassos e o seu uso na produção e no consumo acarretam a sua redução e degradação. Ora, se o custo da redução dos recursos naturais não for considerado no sistema de preços, o mercado não será capaz de refletir a

---

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=199700199878&dt\\_publicacao=25/09/2000](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199700199878&dt_publicacao=25/09/2000).

<sup>205</sup> Na hipótese a obra transcorreu com o alvará do Poder Público, que pretendeu negar a autorização para habitação posteriormente sob o argumento de irregularidade ambiental: MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO. OBRA REALIZADA DE ACORDO COM O PROJETO APROVADO PELA PREFEITURA. SITUAÇÃO CONSOLIDADA COM A FINALIZAÇÃO DA OBRA. DENEGAÇÃO DO "HABITE-SE" E DA AUTORIZAÇÃO PARA FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DEVER DE FISCALIZAÇÃO DO MUNICÍPIO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZOS AO MEIO AMBIENTE. SOBRELEVAÇÃO, IN CASU, DO DIREITO À MORADIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SENTENÇA REFORMADA. ORDEM CONCEDIDA. RECURSO PROVIDO "É dever do Município fiscalizar as construções e, havendo alguma irregularidade abster-se de expedir a licença ou, se já iniciada a obra, embargá-la. A licença para construir é ato administrativo que goza de presunção de legitimidade, por isso não se pode exigir do administrado que suponha a irregularidade do alvará que lhe foi concedido. Assim, tendo a municipalidade concedido alvará de construção e permitido que a situação se consolidasse com a finalização da obra, sem tê-la embargado no curso da edificação, torna-se injusta a negativa do "habite-se", especialmente se a construção foi feita de acordo com o projeto aprovado pela Prefeitura. Nestas hipóteses, tem-se que ao Poder Público compete demonstrar os efetivos prejuízos que poderiam advir da construção ao meio ambiente, se este foi o fundamento levantado para negar a expedição do 'habite-se'". Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 2011.050607-0. Disponível em [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAAQK AAC&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAAQK AAC&categoria=acordao).

<sup>206</sup> O anexo dessa recomendação bem define o princípio, ao consignar: “This principle means that the polluter should bear the expenses of carrying out the above-mentioned measures decided by public authorities to ensure that the environment is in an acceptable state. In other words, the cost of these measures should be reflected in the cost of goods and services which cause pollution in production and/or consumption. Such measures should not be accompanied by subsidies that would create significant distortions in international trade and investment.” Disponível em <http://webnet.oecd.org/oecdacts/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=4&Lang=en&Book=Fa>, acesso em 14/11/2017.



escassez. Em assim sendo, são necessárias políticas públicas capazes de eliminar a falha de mercado, de forma a assegurar que os preços dos produtos reflitam os custos ambientais.” E prossegue concluindo que: “O objetivo do princípio do poluidor-pagador é evitar que ocorra a simples privatização dos lucros e a socialização dos prejuízos dentro de uma determinada atividade econômica.”<sup>207</sup>

É importante a advertência de que esse princípio não confere aos agentes potencialmente poluidores a liberdade de poluir mediante o pagamento. Conforme já destacado, o dano ambiental muitas vezes não comporta indenização, mas tão somente compensação, o que torna óbvia a impossibilidade de se permitir previamente a poluição mediante o pagamento de alguma quantia.

Na verdade, a cobrança somente pode incidir sobre condutas que tenham respaldo na lei, sob pena de se legitimar um direito a poluir, o que não pode ser aceito. E é justamente aí que reside a diferença entre esse princípio e o da responsabilidade ecológica, que será tratado adiante.

Na constituição brasileira, a previsão do artigo 225, §3º<sup>208</sup>, revela a adoção do princípio do poluidor pagador, segundo MILARÉ<sup>209</sup>. O tema foi também expressamente abordado pela Declaração do Rio (1992), em seu princípio 16<sup>210</sup>.

O **princípio do usuário pagador** determina que aquele que utiliza ou demanda recursos ambientais deve pagar por sua utilização, independentemente da verificação de dano.

Segundo RODRIGUES, ele é “ (...) voltado à tutela da qualidade do meio ambiente (bastante aplicado em regiões com abundância de recursos), visa proteger a quantidade dos bens ambientais, estabelecendo uma consciência ambiental de uso racional dos mesmos, permitindo uma socialização justa e igualitária de seu uso”.<sup>211</sup>

<sup>207</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA: Comentários à Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 37/38.

<sup>208</sup> Art. 225, § 3º: As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

<sup>209</sup> Destaca ainda o referido autor que o princípio foi expressa e amplamente consagrado no art. 4º, VII, da Lei da Política Nacional do Meio ambiente ( Lei 6.938/81), que dispõe: Art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará: (...) VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário, de contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos. Op. cit., p. 772.

<sup>210</sup> Princípio 16: As autoridades nacionais devem procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais.

<sup>211</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de Direito Ambiental: Parte Geral. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 225.

Inicialmente, é importante destacar que parte da doutrina não vislumbra distinção entre a responsabilidade do usuário e do poluidor pagador, tratando-as em um princípio único de responsabilização<sup>212</sup>.

Adota-se aqui, contudo, o posicionamento que os trata distintamente, embora os reconheça complementares<sup>213</sup>.

No mesmo sentido, a existência autônoma desse princípio tem aceitação expressa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>214</sup>.

Inicialmente, é de se ressaltar que o princípio do poluidor pagador possui feição sancionatória, ao passo que o do usuário pagador é solidarista<sup>215</sup>. Este último tem por objetivo a utilização racional dos recursos a fim de evitar que estes, por estarem disponíveis e sem custos, sejam explorados indistinta e irresponsavelmente. Enquanto o primeiro tutela a qualidade do bem ambiental, o princípio em comento tutela sua quantidade.

Esse princípio revela aspecto preventivo, sendo aplicável independentemente da existência de danos; paga-se pela utilização do bem ambiental.

<sup>212</sup> Por todos, MACHADO afirma que “o princípio usuário-pagador contém também o princípio poluidor-pagador, isto é, aquele que obriga o poluidor a pagar a poluição que pode ser causada ou que já foi causada.”. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 17ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 66.

<sup>213</sup> Por todos, SAMPAIO, que aponta essa orientação como prevalente na doutrina brasileira. Op. Cit., p. 76.

<sup>214</sup> No julgamento da ADI 3.378, de 09.04.2008, o Supremo Tribunal Federal entendeu cabível que dispositivo legal imponha que aqueles que pretendem iniciar empreendimento de significativo impacto ambiental sejam compelidos a destinar recursos para a implantação e manutenção de unidade de conservação ambiental, em homenagem ao princípio do usuário pagador, veja-se: “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 36 E SEUS §§ 1º, 2º E 3º DA LEI Nº 9.985, DE 18 DE JULHO DE 2000. CONSTITUCIONALIDADE DA COMPENSAÇÃO DEVIDA PELA IMPLANTAÇÃO DE EMPREENDIMENTOS DE SIGNIFICATIVO IMPACTO AMBIENTAL. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO § 1º DO ART. 36. 1. O compartilhamento-compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei nº 9.985/2000 não ofende o princípio da legalidade, dado haver sido a própria lei que previu o modo de financiamento dos gastos com as unidades de conservação da natureza. De igual forma, não há violação ao princípio da separação dos Poderes, por não se tratar de delegação do Poder Legislativo para o Executivo impor deveres aos administrados. 2. Compete ao órgão licenciador fixar o quantum da compensação, de acordo com a compostura do impacto ambiental a ser dimensionado no relatório - EIA/RIMA. 3. **O art. 36 da Lei nº 9.985/2000 densifica o princípio usuário-pagador, este a significar um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados da atividade econômica.** 4. Inexistente desrespeito ao postulado da razoabilidade. Compensação ambiental que se revela como instrumento adequado à defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, não havendo outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional. Medida amplamente compensada pelos benefícios que sempre resultam de um meio ambiente ecologicamente garantido em sua higidez. (...)6. Ação parcialmente procedente.” (grifou-se) Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283378%2EENUM%2E+OU+3378%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zfz6sg6>, acesso em 14/11/2017.

<sup>215</sup> É o magistério de SAMPAIO, Op. Cit., p. 75.



Contudo, importante ressaltar que não se trata de compra de recursos naturais, uma vez que estes são bens de propriedade difusa e inalienáveis.

Nesse sentido é importante destacar também que esse princípio não se presta a afastar os menos favorecidos economicamente do uso dos recursos naturais, uma vez que essa aplicação violaria o valor fundamental da dignidade da pessoa humana. Na verdade, direciona-se àqueles que se utilizam de recursos naturais em atividades econômicas, evitando-se assim que esses bens de titularidade coletiva sejam utilizados em proveito particular.

No Brasil ele está implicitamente reconhecido no *caput* do artigo 225 da Constituição quando reconhece o ambiente como bem de uso comum do povo. O reconhecimento dessa titularidade difusa traz em si a proibição de uso particular em prejuízo coletivo do bem ambiental. Possibilita-se, pois, a equidade na utilização dos recursos naturais<sup>216</sup>.

De acordo com o **princípio da responsabilidade ecológica**, o agente causador de dano ambiental deve por ele ser responsabilizado, arcando com os custos de sua indenização (se possível) ou da reparação.

Conforme já destacado, parte da doutrina identifica o princípio do poluidor pagador com o da responsabilidade ecológica. Contudo, naquele o que se pretende é a transferência, para o agente econômico, do ônus financeiro gerado por sua atividade, que deve ser pautada na legalidade; já neste tratam-se de atividades contrárias a algum elemento normativo.

A base normativa dos princípios contribui para a confusão entre eles, pois muitas vezes é comum. Nesse sentido, na Constituição brasileira está previsto nos §§ 2º e 3º do artigo 225 e 21, XXIII, “d” (responsabilidade civil objetiva por danos nucleares). Na Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento está prevista no princípio 13<sup>217 218</sup>.

---

<sup>216</sup> No plano infraconstitucional, a já citada Lei 6.938/81 o prevê expressamente: Art 4º: A Política Nacional do Meio Ambiente visará: (...) VII - à imposição, (...) ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.” (grifado)

<sup>217</sup> Princípio 13: Os Estados irão desenvolver legislação nacional relativa à responsabilidade e à indenização das vítimas de poluição e de outros danos ambientais. Os Estados irão também cooperar, de maneira expedita e mais determinada, no desenvolvimento do direito internacional no que se refere à responsabilidade e à indenização por efeitos adversos dos danos ambientais causados, em áreas fora de sua jurisdição, por atividades dentro de sua jurisdição ou sob seu controle.

<sup>218</sup> Na legislação infraconstitucional, está previsto nos seguintes artigos da Lei nº 6.938/81: primeira parte do inciso VII do art. 4º, ao prever a imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados; no inciso IX do art. 9º, ao prever como instrumento da política nacional do meio ambiente as penalidades disciplinares ou compensatórias ao não cumprimento das medidas

Especificamente acerca do tema em estudo, este princípio dá sustento a eventual condenação na reparação do dano e recomposição do ambiente pelos danos causados por moradia instalada em regiões de interesse ambiental.

Note-se que é comum a alegação de que o dano ambiental teria sido perpetrado pelo antigo morador. Assim, o atual morador sustenta que após sua chegada ao local não teria se verificado mais dano algum, permanecendo a situação estável. O Superior Tribunal de Justiça tem firme entendimento jurisprudencial no sentido de que o novo morador (seja proprietário ou possuidor) será responsabilizado.<sup>219</sup>

Segundo SARLET *et al.*, o **princípio da função ambiental da propriedade e da posse** configura-se como princípio geral de Direito Ambiental, na medida em que os valores e direitos ecológicos passam a conformar o conteúdo da posse e da propriedade, trazendo uma nova carga de deveres e obrigações correlatas ao seu exercício<sup>220</sup>.

Contudo, antes que se possa realizar o estudo acerca da função ambiental da propriedade e da posse, é indispensável uma análise prévia da evolução do próprio direito de propriedade e sua função social. E assim deve ser pois a função social da propriedade é antecedente histórico da função ambiental, o que faz com que não raras vezes os institutos sejam tratados – impropriamente, conforme se verá – como um só.

É de se ressaltar, contudo, que o tema *função social da propriedade* é por demais extenso e profundo, fugindo ao objetivo da presente esgotá-lo. O que se buscará a seguir é a delimitação – ainda que perfunctória – do tema, abordando-se os aspectos que guardam maior pertinência e relevância com o objeto ora pesquisado<sup>221</sup>.

O direito fundamental à propriedade, de concepção inicialmente individualista, acabou por abandonar esse caráter e hoje se encontra estreitamente

---

necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental; no §1º do art. 14 ao estabelecer que é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. Todos os dispositivos legais citados estão disponíveis em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm). Acesso em 15/11/2017.

<sup>219</sup> Nesse sentido é o REsp 1307026/BA: “a recuperação da Área de Preservação Permanente e da Reserva Legal, assim como outras incumbências incidentes sobre o imóvel e decorrentes da função ecológica da propriedade, constitui obrigação propter rem; portanto, parte inseparável do título imobiliário, inexistindo, no ordenamento jurídico brasileiro, direito adquirido a degradar ou poluir, ou a desmatamento realizado.” Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1307026&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>.

<sup>220</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENTERSEIFER, Tiago. Princípios de Direito Ambiental. São Paulo; Saraiva. 2014. p. 104.

<sup>221</sup> Para um estudo mais aprofundado ver: TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito Civil: direito das coisas. São Paulo: Método, 2009. v. 4; e MORAES, José Diniz de. A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988. São Paulo. Malheiros, 1999.

vinculado ao bem estar social. Justamente porque o homem é um ser social, a propriedade deixa de servir somente ao proprietário para beneficiar toda a comunidade.

No Brasil, desde o período colonial já se percebe a vinculação da propriedade à produtividade. ROLNIK adverte que já no sistema das *sesmarias* a concessão estava condicionada à efetiva ocupação e ao uso produtivo das mesmas<sup>222</sup>.

Contudo, a simples produtividade já não é suficiente se a propriedade não atende aos interesses da coletividade. Ao contrário, a produtividade perde seu caráter de indispensabilidade, desde que observada a função social. E o atendimento desta acaba por conduzir a obrigações outras, tanto positivas quanto negativas.

Na Constituição brasileira a função social da propriedade está prevista no artigo 5º, XXIII<sup>223</sup>, e melhor especificado em relação à propriedade urbana no artigo 182 §2º<sup>224</sup> e à rural no artigo 186<sup>225</sup>.

A função ambiental da propriedade pode ser entendida como o reconhecimento de que esta deve ser exercida com vistas a garantir a realização do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado. Parte da compreensão de que o ambiente não é um elemento cultural e de utilidade para o homem, mas um bem em si mesmo.

Agrega ao direito de propriedade obrigações comissivas<sup>226</sup> e omissivas, deixando ainda um cláusula aberta para a adoção de condutas potencialmente benéficas a essa orientação<sup>227</sup>.

<sup>222</sup> ROLNIK, Raquel. A cidade e a lei: legislação, política urbana e territórios na cidade de São Paulo. São Paulo: Studio Nobel, 1997, pp. 21 e 22.

<sup>223</sup> Art. 5º: (...) XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

<sup>224</sup> Art. 182: (...) § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. No plano infraconstitucional, merece destaque a exigência de observância do “equilíbrio ambiental” referida já no artigo 1º, parágrafo único da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) bem como o conteúdo do artigo 1.228, §1º do Código Civil.

<sup>225</sup> Art. 186: A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

<sup>226</sup> O Superior Tribunal de Justiça reconhece a obrigação de o proprietário de área submetida ao regime de proteção ambiental a reparar o dano ambiental, ainda que este tenha sido causado por terceiros ou antes mesmo da aquisição da propriedade. Isso porque essa obrigação decorre da função ambiental da propriedade e não simplesmente da responsabilização por danos causados. Caberá, contudo, direito de regresso em face do causador do dano. Nesse sentido REsp 650.728 / SC disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=650728&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> e REsp 1.237.071/PR disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1237071&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>

<sup>227</sup> Nesse sentido, PIMENTA: “A função ambiental da propriedade é uma cláusula aberta de possibilidades e potencialidades de atuação coerentes com um valor pré-nomeado (SIC) e pré-estabelecido pelo ordenamento. Isso corresponde a considerar a função ambiental, como um princípio, do qual partem, também, a compreensão e concepção do direito de propriedade.” PIMENTA, Pedro Pereira. Função

Esse entendimento está alinhado à noção de que, conexos aos direitos subjetivos à posse e à propriedade está um leque de deveres que tem por objetivo adequá-los aos interesses e valores comunitários.

Nesse sentido, é reveladora a posição jurisprudencial adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a obrigatoriedade de existência de reserva ambiental legal em uma propriedade não gera ao proprietário direito indenizatório, pois a limitação de exploração econômica da reserva ambiental decorre diretamente da obrigação que tem o proprietário ou o possuidor de manter o equilíbrio ecológico das áreas sob seu domínio.<sup>228</sup>

Acerca da já apontada relação entre função social da propriedade e função ambiental da propriedade, resta ainda uma indagação: há entre elas uma relação de gênero e espécie?

A existência de um sistema constitucional coerente e a semelhança no sentido de que ambos constituem limitações ao direito de propriedade, leva parte da doutrina<sup>229</sup> e até mesmo da jurisprudência<sup>230</sup> a sustentar a existência de um princípio da função socioambiental da propriedade.

---

Ambiental da Propriedade: Um Olhar a Partir do Art. 225, da Constituição Federal de 1988. RIDB - Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ano 3 (2014), nº 8. p. 5967. Disponível em [http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/08/2014\\_08\\_05905\\_05981.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/08/2014_08_05905_05981.pdf)

<sup>228</sup> “ (...) Na linha de precedentes do STJ, a instituição de Reserva Legal e de Áreas de Preservação Permanente decorre diretamente da função ecológica da propriedade, limite intrínseco ou interno ao próprio direito e, portanto, pressuposto inafastável para seu reconhecimento pela ordem jurídica, donde impróprio alegar desapropriação indireta, pois o legislador e o administrador, ao discipliná-las, nada retiram do dono do imóvel, na medida em que, à luz da Constituição de 1988, a ninguém se faculta arrogar-se senhor absoluto dos bens ambientais, com menor razão ainda se recursos planetários. Inexiste direito adquirido de destruir, desmatar e poluir o ambiente, ou reter benefícios, econômicos ou não, da degradação.” REsp 1357263 / PR disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201202574022&dt\\_publicacao=17/11/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202574022&dt_publicacao=17/11/2016)

<sup>229</sup> Por todos, MILARÉ, Op. cit., p. 774 e ss. No mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang; FENTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 3ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 105.

<sup>230</sup> O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2213 MC/DF, assim se pronunciou, considerando que a preservação ambiental é elemento da função social da propriedade: “ (...) RELEVÂNCIA DA QUESTÃO FUNDIÁRIA - O CARÁTER RELATIVO DO DIREITO DE PROPRIEDADE - A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE - IMPORTÂNCIA DO PROCESSO DE REFORMA AGRÁRIA - NECESSIDADE DE NEUTRALIZAR O ESBULHO POSSESSÓRIO PRATICADO CONTRA BENS PÚBLICOS E CONTRA A PROPRIEDADE PRIVADA - A PRIMAZIA DAS LEIS E DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. - O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. - O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a **utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade.**” (grifou-se). Julgado pelo Tribunal Pleno em 04/04/2002. Relator: Min. CELSO DE

Contudo, parece mais acertada a posição contrária, conforme se passará a demonstrar<sup>231</sup>.

A Constituição colombiana prevê em seu artigo 58 que a propriedade é uma função social que implica obrigações. Como tal, lhe é inerente uma função ecológica<sup>232</sup>. Deixa claro, portanto, que a função ecológica integra a função social da propriedade.

Já a Constituição brasileira, conforme já visto, trata os princípios separadamente. Não há, portanto, a vinculação expressa como ocorre no ordenamento jurídico colombiano o que permite argumentar-se que essa foi a escolha do poder constituinte.

AYALA destaca que embora a propriedade esteja sempre condicionada à observância da função social e da defesa do ambiente ecologicamente equilibrado, essas funções não se verificam necessariamente de forma simultânea.<sup>233</sup>

Com efeito, é possível que a própria realização da função social da propriedade não atenda à sua função ambiental. Nesse sentido, ARAÚJO nos dá notícia de desapropriações para fins de reforma agrária que terminaram por sacrificar o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado<sup>234</sup>.

Nada obsta também que uma propriedade que está cumprindo sua função ambiental não esteja desempenhando a necessária função social. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal julgou o MS 22164/SP no qual o proprietário de terras localizadas no Pantanal sul-mato-grossense se insurgia contra expropriação das mesmas para fim de reforma agrária, ao argumento de que elas permaneciam improdutivas

---

MELLO. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282213%2E%2E+OU+2213%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hba6fsk>.

<sup>231</sup> Essa é a posição de CAVEDON: “A função ambiental não é intrínseca à noção de função social da propriedade, ao contrário, é extrínseca à função social da propriedade.” CAVEDON, Fernanda de Salles. Função social e ambiental da propriedade. Florianópolis: Visualbooks. 2003, p. 122.

<sup>232</sup> Artículo 58: Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. **La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.** El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio. (grifou-se)

<sup>233</sup> AYALA, Patryck de Araújo. Deveres ecológicos e regulamentação da atividade econômica na Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato. Direito constitucional ambiental brasileiro. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>234</sup> ARAÚJO, Giselle Marques de. Função Ambiental da Propriedade: uma Proposta Conceitual. Revista Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.14, n.28 (Janeiro/Abril de 2017), pp.251-276.

justamente por se encontrarem em área ambiental. O Tribunal, acertadamente, decidiu que o cumprimento da função ambiental da propriedade não afasta a possibilidade de desapropriação para fins de reforma agrária. Caberia ao proprietário, pelo próprio imperativo do artigo 186, II, da Constituição da República, utilizar os recursos naturais disponíveis para a promoção da função social, garantindo o equilíbrio e sustentabilidade do ambiente<sup>235</sup>.

Conclui-se, portanto, que embora possuam uma base comum, função social e função ambiental da propriedade não se confundem: aquela liga-se a condições sociais e econômicas da coletividade e esta, à tutela do ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, somente será adequado o uso da expressão função socioambiental da propriedade nas hipóteses em que ambas as funções (ambiental e social) estiverem atendidas.<sup>236</sup>

Uma vez feita a análise em relação ao direito de propriedade e sua função ambiental, importante ressaltar que no atual contexto social a posse assume ares de protagonismo, notadamente no que diz respeito ao ambiente urbano. Sua função social é até mais evidente que no direito de propriedade que, mesmo sem uso, pode se manter por algum tempo como tal<sup>237</sup>.

---

<sup>235</sup> Transcreve-se um trecho relevante da decisão: “ (...) A NORMA INSCRITA NO ART. 225, PARAGRAFO 4., DA CONSTITUIÇÃO NÃO ATUA, EM TESE, COMO IMPEDIMENTO JURÍDICO A EFETIVAÇÃO, PELA UNIÃO FEDERAL, DE ATIVIDADE EXPROPRIATÓRIA DESTINADA A PROMOVER E A EXECUTAR PROJETOS DE REFORMA AGRÁRIA NAS ÁREAS REFERIDAS NESSE PRECEITO CONSTITUCIONAL, NOTADAMENTE NOS IMÓVEIS RURAIS SITUADOS NO PANTANAL MATO-GROSSENSE. A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, AO IMPOR AO PODER PÚBLICO O DEVER DE FAZER RESPEITAR A INTEGRIDADE DO PATRIMÔNIO AMBIENTAL, NÃO O INIBE, QUANDO NECESSÁRIA A INTERVENÇÃO ESTATAL NA ESFERA DOMINIAL PRIVADA, DE PROMOVER A DESAPROPRIAÇÃO DE IMÓVEIS RURAIS PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA, ESPECIALMENTE PORQUE UM DOS INSTRUMENTOS DE REALIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE CONSISTE, PRECISAMENTE, NA SUBMISSÃO DO DOMÍNIO À NECESSIDADE DE O SEU TITULAR UTILIZAR ADEQUADAMENTE OS RECURSOS NATURAIS DISPONÍVEIS E DE FAZER PRESERVAR O EQUILÍBRIO DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 186, II), SOB PENA DE, EM DESCUMPRINDO ESSES ENCARGOS, EXPOR-SE A DESAPROPRIAÇÃO-SANÇÃO ÀQUE SE REFERE O ART. 184 DA LEI FUNDAMENTAL”. MS 22164 / SP. Julgado pelo Tribunal Pleno em 30/10/1995. Relator: Min. CELSO DE MELLO

<sup>236</sup> Ressalte-se que a existência da função socioambiental da propriedade é utilizada por parte da doutrina a fim de negar a possibilidade de existência de colisão entre o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado e à moradia adequada. Veja-se a respeito: “Não se pode, licitamente, esquecer que rotineiramente são apresentadas dicotomias absolutamente falsas entre progresso e proteção ambiental. Princípio do equilíbrio é o princípio pelo qual devem ser pesadas todas as implicações de uma intervenção no meio ambiente, buscando adotar uma solução que melhor concilie um resultado globalmente positivo. (ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental: Aspectos Fundamentais*. In FARIAS, Talden; COUTINHO, Francisco Seráfico da Nóbrega (Coord.). *Direito ambiental: o meio ambiente e os desafios da contemporaneidade*. Belo Horizonte : Fórum, 2010. p.p. 187/188. Conforme se analisará no capítulo 4, não se concorda com a negação da existência de colisões reais entre esses direitos.

<sup>237</sup> Para aprofundamento do tema e distinção entre posse e propriedade (o que foge ao objetivo da presente): MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. tomo X. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2001;

Com efeito, a posse tem servido como instrumento muito mais eficaz à realização do direito fundamental à moradia adequada do que a propriedade, em especial quando se está tratando de populações economicamente desfavorecidas. Revela-se como elemento de justiça social, uma vez que a posse cumpridora de sua função social tem garantido o acesso aos bens para as populações de baixa renda, que não têm condições de adquiri-los.

Naturalmente, o aumento de sua relevância e autonomia em relação ao direito de propriedade, trazem a necessidade de se ampliar sua tutela jurídica. A reboque, vem o aumento da responsabilidade do possuidor para com o bem em si e com a coletividade. Nesse contexto, a doutrina já refere a função ambiental da posse, como decorrência do ordenamento jurídico e da natureza difusa do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado.

Nesse sentido, relevante e pertinente é a lição de SILVA (2016), para quem: “ (...) A justiça socioambiental será aquela que leva em consideração a busca de equidade material na distribuição dos espaços ambientais. Significa dizer que o exercício da posse será amplo e com o devido respeito às normas ambientais, como a proteção de reservas legais e as áreas de proteção permanente e, sobretudo, à supremacia do interesse da sociedade frente ao egoístico, diante da colisão entre posse e meio ambiente. Dessa feita, a justiça socioambiental será verificada na ampliação de áreas com acesso à moradia e à utilização do meio rural de forma profícua, na busca de um Desenvolvimento Sustentável.<sup>238</sup> ”

Assim, tudo o que foi dito em relação à função ambiental da propriedade, com mais razão, se aplica à posse.

**O princípio da informação** tem natureza transindividual e ocupa cada vez mais destacado espaço nos Estados democráticos.

Segundo SAMPAIO, consiste no reconhecimento de que existe um direito à informação acerca da situação, qualidade e disponibilidade dos recursos naturais, ou sobre ações, omissões e políticas que tenham por objeto esses recursos. Prossegue ressaltando que é um princípio de fundamental importância a fim de que se tenha uma

---

GIORDANI, José Acir Lessa. Curso Básico de Direito Civil - Direito das Coisas - Tomo I - Introdução e Posse. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. v. 1.

<sup>238</sup> SILVA, Larissa Gabrielle Braga e. Revista Thesis Juris – RTJ, e ISSN 2317-3580, São Paulo, V. 5, N.1, Jan.-Abr. 2016, pp. 94/95.



“opinião pública ambiental informada”, capaz de contribuir de maneira efetiva, profícua e consciente nos processos decisórios que gerem efeitos sobre o ambiente.<sup>239</sup>

A doutrina destaca uma dimensão de participação política traduzida pelo desejo de se estar informado acerca de intervenções públicas ou privadas nos bens de interesse ambiental. Assume ainda um caráter pedagógico ao fornecer ao indivíduo o conhecimento necessário para pautar sua interação com o ambiente. Por fim, teria também um aspecto instrumental, no seu entrelaçamento com o direito à participação na tomada de decisões com incidência ambiental.<sup>240</sup>

No plano internacional, há vários textos que expressamente consagram esse princípio<sup>241</sup>, destacando-se o princípio 10 da Declaração do Rio de Janeiro e o artigo 2.3 da Convenção sobre o Acesso à Informação, a Participação do Público no Processo Decisório e o Acesso à Justiça em Matéria de Meio Ambiente<sup>242</sup>.

No direito constitucional comparado, são também inúmeras as previsões expressas: Constituição da Noruega, §112 (2)<sup>243</sup>, Constituição do Equador, art. 398<sup>244</sup>; Constituição da Eslováquia, art. 45<sup>245</sup>, Constituição polonesa, art. 74.3<sup>246</sup>, Constituição da Moldova, art. 37.2 (interessante notar que o artigo 37.3<sup>247</sup> tipifica penalmente a retenção e falsificação de informações que prejudiquem a saúde humana), entre outras.

<sup>239</sup> Segundo SAMPAIO, *op. cit.*, p. 76.

<sup>240</sup> AMADO GOMES, Carla. Direito à informação ambiental: velho direito, novo regime. Revista do Ministério Público nº 109, ano 28, Jan – mar 2017, p. 8.

<sup>241</sup> Conferir, entre outros, a Convenção sobre Pronta Notificação de Acidente Nuclear; Convenção de Oslo de 1972; Convenção de Parigi de 1974; Convenção relativa ao Impacto Ambiental em contexto de Transfronteira de 1991; Convenção de Helsink de 1992; Convenção das Nações Unidas pela luta contra a Desertificação de 1994; Convenção de Barcelona de 1995; Convenção para Proteção da Flora, Fauna e das Belezas Panorâmicas Naturais dos Países da América de 1940; Tratado da Antártica de 1959; Tratado de Cooperação Amazônica de 1978; Regulamento CEE nº 1210/90 e Diretiva CEE 913/90.

<sup>242</sup> Introduzida no ordenamento jurídico português através da Resolução da Assembleia da República n.º 11/2003, essa Convenção, após enunciar a existência do direito à informação em matéria ambiental, em seu artigo 2.3 traz definição pormenorizada do alcance desse direito: “Entende-se por «informação em matéria de ambiente» qualquer informação disponível sob forma escrita, visual, oral, electrónica ou de qualquer outra forma sobre: a) O estado dos elementos do ambiente, tais como o ar e a atmosfera, a água, o solo, a terra, a paisagem e os sítios naturais, a diversidade biológica e as suas componentes, incluindo, genericamente, organismos modificados e a interação entre estes elementos; b) Factores, tais como substâncias, energia, ruído e radiação, e actividades ou medidas, incluindo medidas administrativas, acordos, políticas, legislação, planos e programas em matéria de ambiente que afectem ou possam afectar os elementos do ambiente, no âmbito do acima mencionado subparágrafo a), e custo-benefício e outros pressupostos e análises económicas utilizados no processo de tomada de decisão em matéria de ambiente;” disponível em <http://www.gddc.pt/siii/docs/rar11-2003.pdf>

<sup>243</sup> Disponível em [https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1814-05-17#KAPITTEL\\_5](https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1814-05-17#KAPITTEL_5)

<sup>244</sup> Disponível em <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoEquador.pdf>

<sup>245</sup> Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21386-21387-1-PB.htm>

<sup>246</sup> Disponível em <http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>

<sup>247</sup> Disponível em [http://www.parlament.md/CadrulLegal/Constitution/tabid/151/language/en-US/Default.aspx#Articolul\\_37](http://www.parlament.md/CadrulLegal/Constitution/tabid/151/language/en-US/Default.aspx#Articolul_37)



Segundo SAMPAIO, no Brasil é possível extrair esse princípio do dever geral de a Administração se pautar no princípio da publicidade (art. 37) e de prestar informações aos cidadãos sempre que solicitados, à exceção daquelas indispensáveis à segurança social e do Estado (art. 5º, XXXIII); do direito ao acesso à informação (art. 5º, XIV); além da exigência de publicidade do estudo prévio de impacto ambiental e da criação da tarefa de promoção da educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para preservação do meio ambiente (art. 225, §1º, IV e VI)<sup>248</sup>. CAPELLA também o reconhece como uma manifestação da publicidade do direito público, classificando-o como um direito instrumental e a serviço do direito à participação e à educação<sup>249</sup>.

As informações fornecidas devem ser dotadas de quatro características: veracidade, amplitude, tempestividade e acessibilidade. Isso porque dados equivocados, incompletos, defasados ou pouco acessíveis não permitem o exercício pleno do direito à informação e consequente conscientização popular<sup>250</sup>.

Contudo, eventualmente serão oponíveis o segredo industrial e o segredo de Estado, que devem ser considerados em seus estritos limites e não usados como pretexto para contornar o dever de informação.

A respeito do tema, a Corte Europeia de Direitos Humanos, no julgamento do caso Guerra e outros vs. Itália, em 19/02/1998, apreciou questão em que uma fábrica instalada no município de Manfredonia – Itália, desenvolvia atividades potencialmente lesivas ao ambiente e à saúde. Nesse julgado a Corte reconheceu expressamente o *right to know* em questões ambientais. Entre outras considerações, o Tribunal vinculou a questão do acesso à informação ambiental à proteção dos direitos humanos, à privacidade e à vida familiar<sup>251</sup>.

Também é relevante indagar se o direito à informação em questões ambientais é oponível aos particulares, ou se ficaria restrito ao poder público. SARLET *et. al.* sustenta a eficácia entre particulares do direito fundamental ao ambiente e, via de consequência, o dever de informação ambiental. Esse seria, inclusive, o fundamento para

<sup>248</sup> *Op. cit.*, p. 79

<sup>249</sup> CAPELLA, *Op. cit.*, pp. 298/299.

<sup>250</sup> SAMPAIO, *Op. cit.*, p. 77.

<sup>251</sup> Caso GUERRA AND OTHERS v. ITALY, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":"ENG","appno":"14967/89","documentcollectionid":"GRANDCHAMBER","itemid":"001-58135"}}>. Já se teve a oportunidade de destacar no item 2.1 que Esse Tribunal costumeiramente extrai o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado do artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (que prevê o direito à vida privada), por não haver previsão expressa daquele direito no referido Tratado.

a inversão do ônus da prova em processos judiciais e administrativos em que se imputa a uma das partes a prática de ato lesivo ao ambiente<sup>252</sup>.

No que se refere ao tema em estudo, esse princípio obriga o poder público a divulgar amplamente os planos de remoções forçadas e a prestar todas as informações aos interessados antes, durante e depois do processo, o que se revela importante tanto para o exercício da ampla defesa quanto para a preparação e realização do processo com o mínimo de compressão aos direitos fundamentais envolvidos.

Por fim, conforme já destacado, deve ser considerado o **princípio da participação**, que guarda estreita relação com o princípio da informação, que o serve de forma instrumental. Para que a sociedade esteja habilitada a participar efetivamente das decisões, deve estar munida das informações necessárias acerca do tema.

A democracia não mais se satisfaz com a mera representação. Se por um lado o direito fundamental à informação exige que o poder público aja com transparência, divulgando amplamente as informações de que dispõe, bem como suas intenções e atos - com especial atenção à garantia de ciência inequívoca dos interessados<sup>253</sup> - por outro lado é preciso considerar que o direito fundamental à participação popular traz uma releitura do conceito de interesse público.

Com efeito, os administrados deixaram de ser meros entes passivos, assumindo posição de protagonismo no Estado Democrático de Direito. Não se pode mais entender como prerrogativa do administrador determinar o conteúdo do interesse público. Antes, a população envolvida deve ter o direito de se manifestar, colaborando na identificação do verdadeiro interesse público para cada hipótese específica.<sup>254</sup>

---

<sup>252</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENTERSEIFER, Tiago. *Princípios de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 143

<sup>253</sup> Hipótese interessante foi a da população da localidade chamada “Vila Autódromo”, na cidade do Rio de Janeiro – RJ. O poder público municipal lançou edital de licitação para construção do parque olímpico que previa a remoção da comunidade residente na localidade. Com isso, o núcleo de terras e habitação da Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro propôs ação cautelar requerendo a suspensão do processo licitatório até que a prefeitura municipal prestasse as informações necessárias sobre o destino que seria dado às famílias removidas. Com isso em 23/05/13 foi proferida decisão liminar suspendendo o procedimento licitatório até que fossem prestadas as informações esclarecendo o destino dos moradores da “Vila Autódromo”. Esse processo tramitou sob o número 0013864-83.2012.8.19.0001 junto ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

<sup>254</sup> Essa é a posição de Fábio Gomes dos Santos: “Tal abordagem da relação cidadão-Administração traz consequências diversas, inclusive para a operacionalidade de noções clássicas do direito administrativo, como é o caso do aferimento do interesse público. Onde antes implicitamente pensava-se em termos próximos a um verdadeiro monopólio estatal na sua definição, hoje se ressalta a relevância de uma construção coletiva do interesse público no caso concreto. Isto se dá por meio da participação dos cidadãos na atuação administrativa, sempre levando em consideração a pluralidade de interesses envolvidos na decisão a ser tomada.” *In Participação na administração como direito fundamental*. Revista Digital De Direito Administrativo da Universidade de São Paulo, v. 1, n. 2, 2014. p. 439.

Essa nova visão impõe que sempre seja dada aos interessados a oportunidade de influir nas decisões, sugerindo e formulando requerimentos diretamente à administração pública. Trata-se de um dos mais importantes direitos aqui tratados, pois a informação e participação pública durante o processo impede distorções e lesões de maior monta.

Exige-se, portanto, a participação direta dos interessados, seja em macrodecisões<sup>255</sup> (que podem ser levadas a cabo através de plebiscito, referendo, iniciativa legislativa popular, entre outros) ou em outros processos decisórios (administrativos, judiciais<sup>256</sup> e empresariais, por exemplo).

Essa participação não chega a ser novidade nas democracias contemporâneas. No ano de 1987, influenciada pela tragédia nuclear de Chernobyl, a sociedade italiana decidiu através de um referendo a não utilização de energia nuclear<sup>257</sup>. No mesmo sentido, uma consulta popular impediu o avanço de um megaprojeto de mineração no município de Cajamarca, em Tolima, Colômbia, uma vez que havia o temor de profundos impactos ambientais<sup>258</sup>.

SAMPAIO ressalta que as formas democráticas diretas inseridas nas Constituições como elemento complementar de representação política institucional ( no Brasil, exemplificativamente, há a previsão de plebiscito e iniciativa popular nos incisos I e III do artigo 14 da Constituição), podem e devem ser utilizados para fins ambientais.<sup>259</sup>

No direito comparado, são inúmeras as previsões constitucionais desse princípio. A Constituição Tailandesa traz previsão bastante pormenorizada em sua seção

---

<sup>255</sup> Exemplo típico dessa participação são as consultas públicas realizadas pelo Senado Federal brasileiro em todas as Propostas de Emenda à Constituição que estejam em tramitação, conforme determinado pela resolução 26/2013 daquele poder. Nesse sentido, para se tomar um exemplo de consulta em matéria ambiental, encontra-se aberta uma consulta pública sobre PEC que pretende acrescentar o §7º ao artigo 225 da Constituição brasileira, garantindo a continuidade obras públicas após a primeira concessão de licença ambiental. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=109736>. Acesso em 29/12/17.

<sup>256</sup> Em respeito ao direito em estudo, o Supremo Tribunal Federal tem promovido audiências públicas judiciais, permitindo a participação de diversas partes interessadas. Exemplificativamente, tratando de matéria ambiental, foram promovidas audiências públicas para debater a possibilidade de importação de pneus usados (relacionada à ADPF 101) e para discutir queimadas em canaviais (relacionada ao Recurso Extraordinário 586224). Notícia disponível em <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=257749>. Acesso em 03/01/2018.

<sup>257</sup> Informação disponível em [http://www.bbc.com/mundo/internacional/2009/07/090709\\_1730\\_italia\\_nuclear\\_wbm](http://www.bbc.com/mundo/internacional/2009/07/090709_1730_italia_nuclear_wbm). Acesso em 29/12/2017.

<sup>258</sup> Informação disponível em <http://industriaextrativa.ibase.br/2017/03/31/consulta-popular-vence-megaprojeto-de-mineracao-na-colombia/>. Acesso em 29/12/2017.

<sup>259</sup> Op. cit., p. 82.

58, garantindo a realização anterior de audiências públicas com as partes interessadas sempre que algum empreendimento com reflexos ambientais estiver em discussão. Ainda na mesma seção vincula expressamente os direitos à informação e participação<sup>260</sup>. A Constituição da Finlândia, na seção 20.2, estabelece que todos terão o direito de influenciar decisões que digam respeito ao ambiente em que vivem<sup>261</sup>. Outros textos constitucionais, embora prevejam a existência do direito de participação, ao invés de optarem por uma regulação direta, deixam ao legislador a tarefa de fazê-lo, como é o caso do já citado artigo 385 da Constituição do Equador e da Constituição da Colômbia, artigo 79.1<sup>262</sup>.

Um mecanismo processual de grande relevância para a efetividade do direito de participação, é o reconhecimento constitucional de legitimação ativa da sociedade, coletiva<sup>263</sup> ou individualmente considerada, para a propositura de demandas destinadas a reparar danos ambientais. Igualmente, o instituto do *amicus curiae* tem permitido a ampliação dos atores no debate processual, garantindo o direito de participação dos interessados.

Em Portugal, é conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses ambientais, o direito de ação popular nos casos e termos previstos em lei, nomeadamente o direito de promover prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra a saúde pública, a degradação do ambiente e da qualidade de vida, bem como de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indenização (artigo 52.3).

No Brasil qualquer cidadão possui legitimidade para a propositura de ação popular destinada a anular qualquer ato lesivo ao meio ambiente (artigo 5º, LXXIII).

No que diz respeito ao momento em que deva ocorrer a participação, AMADO GOMES informa que “É hoje relativamente consensual a fórmula tripartida, em que a consulta pública ocorre antes da tomada da decisão (para avaliar a necessidade,

---

<sup>260</sup> Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Thailand\\_2017?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Thailand_2017?lang=en). Acesso em 03/01/2018.

<sup>261</sup> Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Finland\\_2011?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Finland_2011?lang=en). Acesso em 03/01/2018.

<sup>262</sup> Disponível em <http://www.jurisciencia.com/vademecum/constituicoes-estrangeiras/a-constituicao-da-colombia-constitucion-de-colombia/582/>. Acesso em 03/01/2018.

<sup>263</sup> Nos Estados Unidos a Suprema Corte passou a aceitar a legitimidade de grupos e associações para postular em juízo a defesa do meio ambiente: DUKE POWER CO. v. CAROLINA ENV. STUDY GROUP, (1978), onde se discutia suposta violação de igualdade em indenização causada por danos nucleares. Disponível em <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/438/59.html>.

oportunidade e localização do empreendimento), na sequência desta e sobre um projeto mais ou menos elaborado (mero projecto de concepção ou projecto de execução), depois da avaliação deste e ao longo da sua execução), depois da avaliação deste e ao longo da sua execução (pós – avaliação).”<sup>264</sup>

Por fim, importante ressaltar que o dever de participação é amplamente reconhecido jurisprudencialmente. A título de exemplo, no Brasil, o Núcleo de Terras e Habitação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro ajuizou ação civil pública questionando as obras realizadas na localidade denominada Morro da Providência e requerendo que as mesmas fossem obstadas até que se demonstrasse o respeito ao direito à informação e participação da comunidade, bem como fosse demonstrada a autorização ambiental do órgão competente. Em 28/11/2012 foi deferida medida liminar exatamente neste sentido pelo juízo da 2ª vara de fazenda pública nos autos do processo nº: 0115786-70.2012.8.19.0001<sup>265</sup>.

---

<sup>264</sup> AMADO GOMES, Carla. Participação pública e defesa do ambiente: um silêncio crescentemente ensurdecido. Monólogo com jurisprudência ao fundo. Cadernos de justiça administrativa, nº 77. Setembro/outubro 2009, p., p. 13.

<sup>265</sup> Disponível em <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/popdespacho.jsp?tipoato=Descr%E7%E3o&numMov=29&descMov=Decis%E3o>. acesso em 03/01/2018.

## Capítulo 3 – AS REMOÇÕES FORÇADAS

Conforme já mencionado anteriormente, as remoções forçadas ainda são práticas extremamente comuns. Estima-se que, anualmente, mais de dez milhões de pessoas são forçadas a sair dos locais onde vivem, inserindo-se as desocupações forçadas nesse contexto<sup>266</sup>.

Para além de definir conceitos, o que se pretende no presente capítulo é demonstrar que as remoções forçadas não devem ser vistas isoladamente, sendo mais adequado tratá-las como um fenômeno coletivamente compreendido, já que existe um arcabouço jurídico que lhes é comum.

Há muito a comunidade internacional está atenta à nocividade dessa prática, havendo inúmeros trabalhos destacando a importância de os Estados se absterem de praticá-la, bem como de impedirem que particulares o façam, em razão do reconhecimento de que nessas hipóteses ficam vulnerados uma série de direitos humanos.

A matéria das remoções forçadas assume tamanha relevância que foi objeto do Comentário Geral nº 7 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>267</sup>.

Em igual sentido, foi editado pela ONU um “*Guiding principles on internal displacement*”<sup>268</sup>, que trata da questão e traz como principal ponto de relevância, segundo a doutrina, o princípio 5<sup>269</sup> que imputa aos Estados a responsabilidade de prevenir as remoções<sup>270</sup>.

Não obstante o problema seja muito mais amplo que isso, os esforços da ONU se concentram nos casos em que essa prática está relacionada com conflitos armados, perseguições religiosas ou étnicas ou quando ocorrem em um contexto sem lei e sem ordem, com ausência de presença Estatal.

<sup>266</sup> Segundo O Alto Comissariado Das Nações Unidas Para Os Direitos Humanos da ONU Em Sua Ficha Informativa 25.

<sup>267</sup> Disponível em <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/escgencom7.htm>. Acesso em 02/01/2018.

<sup>268</sup> Disponível em <http://www.unhcr.org/protection/idps/43ce1cff2/guiding-principles-internal-displacement.html>. Acesso em 02/01/2018.

<sup>269</sup> Principle 5: “All authorities and international actors shall respect and ensure respect for their obligations under international law, including human rights and humanitarian law, in all circumstances, so as to prevent and avoid conditions that might lead to displacement of persons.”

<sup>270</sup> Segundo CHAUDHRY. Prossegue o autor destacando que também são relevantes para o tema os princípios 6 a 9, 12, 14, 15, 18, 21 e 28. CHAUDHRY, Shivani. Development-Induced Displacement and Forced Evictions. In Incorporating the Guiding Principles on Internal Displacement into Domestic Law: Issues and Challenges. Walter Kälin, Rhodri C. Williams, Khalid Koser, e Andrew Solomon. Ed. The American Society of International Law: 2010, p. 593.

Como consequência disso, muitas vezes ficam ao desamparo aqueles que são submetidos ao desalojamento forçado, dentro do contexto do Estado Democrático de Direito. Não raro a vulnerabilidade dos envolvidos impede que os mesmos sequer conheçam seus direitos, desguarnecidos que estão de informações e acesso aos meios de defesa.

Isso porque no âmbito interno dos Estados essa preocupação não é tão marcante, seja porque não há a prática entre os juristas de atentar para a observância dos alertas feitos pelos organismos internacionais, seja por uma tradição romano - germânica de observância da legalidade.

Contudo, há que se atentar para a relevância do direito à moradia adequada e, mormente, para o princípio da dignidade da pessoa humana, quando se busca identificar se uma remoção forçada obedece aos ditames da Constituição de dado ordenamento jurídico.

Entende-se por desocupação forçada o afastamento involuntário de uma pessoa ou um grupo de pessoas, de suas casas ou terras, imputável direta ou indiretamente ao Estado, tendo como consequência a impossibilidade de permanência no local, podendo haver, ou não, sua realocação<sup>271</sup>.

Uma característica que deve ser realçada – embora não chegue propriamente a integrar o conceito de desalojamento forçado – é que ela quase invariavelmente vem precedida de uma ordem de desocupação, que pode ter sido obtida judicialmente ou ser resultado de ato administrativo do poder executivo.

De plano é importante destacar que as desocupações forçadas chegam a ser consideradas, *a priori*, contrárias ao ordenamento jurídico<sup>272</sup>. Contudo, é perfeitamente viável – embora incomum - que ela se faça em absoluto respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos, hipóteses em que é imperioso reconhecê-la regular, ainda que não corresponda à vontade dos removidos.

---

<sup>271</sup> No mesmo sentido O Alto Comissariado Das Nações Unidas Para Os Direitos Humanos da ONU em seu comentário geral nº 7 afirma que desocupação forçada: “ *is defined as the permanent or temporary removal against their will of individuals, families and/or communities from the homes and/or land which they occupy, without the provision of, and access to, appropriate forms of legal or other protection.*” Disponível em <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/escgencom7.htm>. Acesso em 02/01/2018.

<sup>272</sup> Nesse sentido o parágrafo 18 do Comentário Geral nº 4 do Comitê dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais: “*In this regard, the Committee considers that instances of forced eviction are prima facie incompatible with the requirements of the Covenant and can only be justified in the most exceptional circumstances, and in accordance with the relevant principles of international Law.*” <http://www.refworld.org/docid/47a7079a1.html>.

Nesse sentido, desde que verificada a contrariedade ao ordenamento jurídico, é imediatamente exigível que o Estado se abstenha de praticá-la<sup>273</sup>.

Importante observar que, embora os direitos sociais em geral e o direito à moradia adequada em especial estejam sujeitos a um regime de progressividade (artigo 2º, 1, do PIDESC), o dever de abstenção em relação à prática de desocupações forçadas é imediatamente exigível, sendo obviamente incabível a alegação de insuficiência de recursos por se tratar de uma postura negativa.

Sobre sua forma de implementação, é de se considerar que as remoções forçadas podem ser realizadas de duas maneiras: uma ordem de desocupação, através de ato administrativo do poder executivo (que pode ter sido precedida de processo administrativo)<sup>274</sup> ou por procedimento judicial.

Considerando a grande repercussão que essas questões assumem, por vezes o poder público evita a remoção compulsória por ato administrativo, pois isso geraria muitas indagações acerca da legalidade da medida e aumentaria o impacto negativo do caso junto à opinião pública interna e internacional. Ademais, àqueles que se sentirem prejudicados pelo referido ato, fica facilitado o questionamento judicial com o objetivo

---

<sup>273</sup> Nesse sentido, a Lei orgânica do município do RJ: Art. 429 - A política de desenvolvimento urbano respeitará os seguintes preceitos: (...) VI - urbanização, regularização fundiária e titulação das áreas faveladas e de baixa renda, sem remoção dos moradores, salvo quando as condições físicas da área ocupada imponham risco de vida aos seus habitantes, hipótese em que serão seguidas as seguintes regras: a) laudo técnico do órgão responsável; b) participação da comunidade interessada e das entidades representativas na análise e definição das soluções; c) assentamento em localidades próximas dos locais da moradia ou do trabalho, se necessário o remanejamento; Disponível em [http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4946719/4126916/Lei\\_Organica\\_MRJ\\_comaltdo205.pdf](http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4946719/4126916/Lei_Organica_MRJ_comaltdo205.pdf).

<sup>274</sup> Em Portugal, o DL n.º 555/99 que trata do regime jurídico da urbanização e edificação traz a seguinte previsão em seu Artigo 109: “Cessação da utilização. 1 - Sem prejuízo do disposto nos n.os 1 e 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 281/99, de 26 de julho, o presidente da câmara municipal é competente para ordenar e fixar prazo para a cessação da utilização de edifícios ou de suas frações autónomas quando sejam ocupados sem a necessária autorização de utilização ou quando estejam a ser afetos a fim diverso do previsto no respetivo alvará. 2 - Quando os ocupantes dos edifícios ou suas frações não cessem a utilização indevida no prazo fixado, pode a câmara municipal determinar o despejo administrativo, aplicando-se, com as devidas adaptações, o disposto no artigo 92.º 3 - O despejo determinado nos termos do número anterior deve ser sobrestado quando, tratando-se de edifício ou sua fração que estejam a ser utilizados para habitação, o ocupante mostre, por atestado médico, que a execução do mesmo põe em risco de vida, por razão de doença aguda, a pessoa que se encontre no local. 4 - Na situação referida no número anterior, o despejo não pode prosseguir enquanto a câmara municipal não providencie pelo realojamento da pessoa em questão, a expensas do responsável pela utilização indevida, nos termos do artigo anterior.” Disponível em [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_print\\_articulado.php?tabela=leis&artigo\\_id=&nid=625&nversao=&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=625&nversao=&tabela=leis). Como se vê, está regulamentada a remoção compulsória por ato administrativo, conferindo apenas alguns direitos aos moradores com problemas médicos, revelando a preocupação com a tutela do direito fundamental à saúde.



de anulá-lo<sup>275</sup>. Por essas razões, não raras vezes são ajuizadas medidas judiciais prévias a fim de obter ordem judicial para remoção das pessoas.

Chega-se nesse momento ao ponto central do presente trabalho, que será objeto de análise mais aprofundada no próximo capítulo. Conforme se verifica, sob a roupagem da legalidade estrita e apoiado em normas de direito interno<sup>276</sup>, não raras vezes o Estado está violando inúmeras normas de direitos fundamentais.

Atenta a hipóteses como a presente, a Corte Europeia de Direitos Humanos tem reiterada jurisprudência no sentido de que, todo aquele que tem sob ameaça a sua moradia tem o direito a ter acesso a um tribunal independente que julgue a matéria à luz dos princípios previstos nas normas internacionais, ainda que o desalojamento esteja em conformidade com as normas internas daquele país<sup>277</sup>. Assim o simples argumento de observância da legalidade não pode ser aceito. Há que se avaliar a influência de eventuais direitos fundamentais e princípios envolvidos.

É nesse contexto que se vislumbra a hipótese de colisão entre os direitos fundamentais à moradia adequada e ao ambiente ecologicamente equilibrado. Muito embora por vezes a discussão jurisprudencial se resuma à análise do descumprimento das determinações constitucionais de proteção aos interesses ambientais dessa e das futuras gerações – avaliando com base nisso a necessidade de remoção das moradias instaladas em determinado local – o que se verifica na realidade é a colisão de direitos fundamentais que deve ser enfrentada e solucionada.

Resolver a tensão acima descrita e verificar quais direitos socorrem as populações vitimadas pelas desocupações forçadas é tarefa das mais difíceis.

---

<sup>275</sup> Dispõe o artigo 161 do Código de Procedimento Administrativo Português ao estabelecer quais atos administrativos são nulos: “art. 161: (...)2 - São, designadamente, nulos: (...) d) Os atos que ofendam o conteúdo essencial de um direito fundamental;” Disponível em [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?ficha=101&artigo\\_id=&nid=2248&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so\\_miolo](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=2248&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo). Acesso em 02/01/2018

<sup>276</sup> O Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, interpretando o artigo 17 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que fala em “interferência arbitrária” no domicílio, enfrenta a questão esclarecendo ser perfeitamente possível que ela seja considerada de acordo com a lei interna e ao mesmo tempo contrária aos instrumentos jurídicos internacionais, devendo ser feito um juízo acerca do caso concreto e sua conformidade com o princípio da proporcionalidade: “The expression “arbitrary interference” is also relevant to the protection of the right provided for in article 17. In the Committee’s view the expression “arbitrary interference” can also extend to interference provided for under the law. The introduction of the concept of arbitrariness is intended to guarantee that even interference provided for by law should be in accordance with the provisions, aims and objectives of the Covenant and should be, in any event, reasonable in the particular circumstances.” (Comentário Geral nº 16, disponível em <http://www.refworld.org/docid/453883f922.html> . Acesso em 06/09/2015.

<sup>277</sup> Ver a respeito *Paulic v. Croatia* §43, julgado em 22/10/2009 e disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx?{"appno":\["3572/06"\],"itemid":\["001-95327"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx?{)

A realidade urbana demonstra que, no processo de crescimento das cidades, muitas áreas ficaram alijadas da especulação imobiliária, embora sejam de localização privilegiada e próximas a centros de maior riqueza (como é o caso de encostas de morros, por exemplo).

Assim, a primeira – e talvez mais perversa – constatação é a de que o poder público muitas vezes se utiliza do argumento da violação de normas ambientais para remover a população vulnerável ali instalada. Procura deslocar para regiões mais distantes e menos valorizadas aqueles que já são objeto do esquecimento estatal e que, no mais das vezes, não dispõem da maioria dos elementos já apontados como integrantes do conceito de moradia adequada nos termos do que foi exposto no primeiro capítulo.

A solução dessa questão passará pelo irrefutável argumento de que o interesse público de preservação ambiental não se sobrepõe à dignidade da pessoa humana, uma vez que ela é o objetivo maior e valor fundamental de um Estado Democrático de Direito: sua realização é o verdadeiro interesse da coletividade. Caberá ao aplicador do direito identificar qual dos dois princípios deverá prevalecer no caso concreto, sempre atento ao respeito à dignidade.

Não é demais repetir que, na maioria dos casos, as populações vítimas dessa prática estatal já estão sujeitas a algum tipo de vulnerabilidade, sendo a econômica a mais comum. A grande valorização imobiliária nas áreas urbanas, aliada à existência de áreas ocupadas por populações de baixa renda faz com que essas últimas sejam alvo preferencial, para não dizer exclusivo, do poder público.

Isso faz com que os desalojamentos tenham um custo social ainda maior. O Alto Comissariado das Nações Unidas Para os Direitos Humanos, na já citada ficha informativa 25<sup>278</sup>, reforça essa posição, afirmando que:

*“As pessoas que tiveram de desocupar o espaço onde viviam também perdem as relações recíprocas – muitas vezes complexas – que tecem uma rede de segurança ou de sobrevivência que as protege dos custos decorrentes da doença, da diminuição de rendimento ou da perda de emprego, e que possibilita a partilha de muitas tarefas. É frequente perderem uma ou mais fontes de subsistência, já que são forçadas a deixarem a área onde tinham trabalho ou fontes de rendimento. Nos casos em que está previsto o realojamento, quase sempre as pessoas são supostas reconstruir as suas casas num lugar distante, com poucas ou nenhuma condições*

---

<sup>278</sup> Disponível em [http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Ficha\\_Informativa25.pdf](http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Ficha_Informativa25.pdf)

*para a instalação de infraestruturas e serviços (...) preços de transporte mais elevados; (...) perda de lugares culturalmente importantes.”*

Portanto, o que se verifica é que não apenas o direito à moradia adequada é vulnerado no contexto das desocupações forçadas: é apenas o mais evidentemente transgredido.

E não é só: sempre que a administração pública não dá total publicidade às suas intenções e estabelece canais de comunicação com os interessados, viola-se o direito à informação e o direito à participação popular; sempre que não há um plano concreto para continuidade dos estudos que se encontravam em curso, viola-se o direito à educação dos removidos; sempre que se retira um cidadão de perto do seu local de trabalho, muitas vezes inviabilizando sua continuidade, viola-se o direito ao trabalho ; as ameaças constantes de destruição de seu lar, aliadas à falta de informação e segurança acerca do futuro não raras vezes afetam a integridade física e mental daqueles que serão alvo da desocupação, violando-se o direito à saúde; sempre que o deslocamento represente aumento significativo da distância entre o deslocado e sua família viola-se o direito à vida familiar.

Uma situação que merece maior reflexão é aquela em que as pessoas que serão removidas ocupam irregularmente a área. Isso porque é farta a jurisprudência no sentido de que o conceito de casa, para que seja juridicamente protegida, independe de ocupação regular<sup>279</sup>.

Assim, ainda que sua situação jurídica esteja fragilizada pelo título precário de ocupação da área, não se pode negar qualquer proteção estatal a esses ocupantes no processo de remoção de suas casas. Igualmente, o direito à moradia adequada estará em jogo, com a mesma possibilidade de vulneração da dignidade da pessoa humana dos envolvidos, o que reclama tutela jurídica adequada.<sup>280</sup>

Ademais, em regra, a ação do tempo já sanou os vícios porventura existentes no momento da aquisição da posse em virtude da ocorrência da usucapião em qualquer uma de suas modalidades, o que torna essa discussão desnecessária na maioria dos casos.

---

<sup>279</sup> Nesse sentido se pronunciou a Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Bjedov v. Croatia* §57, julgado em 29/05/2012 e disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":\["908714"\],"itemid":\["001-110953"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{); e também em *McCann v. the United Kingdom* §46, julgado em 13/05/2008, disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":\["695820"\],"itemid":\["001-57943"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em 02/01/2018.

<sup>280</sup> Nesse sentido é a lição de INGO WOLFGANG SARLET. Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito à moradia como direito de defesa. In *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil/ Rio de Janeiro OAB/RJ* – n. 1, v. 24. Rio de Janeiro, 2008, pp. 172 – 174.

Assim, lançadas essas bases, se passará no próximo capítulo a buscar os critérios jurídicos para a solução de conflito entre direitos fundamentais, nas hipóteses em que as remoções forçadas se fundam no argumento de que a ocupação da área viola o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado.

## **Capítulo 4 – CRITÉRIOS JURÍDICOS PARA A SOLUÇÃO DA TENSÃO ENTRE DIREITO À MORADIA ADEQUADA E AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO NOS CASOS DE REMOÇÕES FORÇADAS**

Uma vez delineados os direitos ao ambiente ecologicamente equilibrado e à moradia adequada, bem como compreendido o conceito de remoção forçada, inicia-se aqui o estudo de tensões que podem existir entre os direitos apontados.

Com efeito, a ocupação de áreas de interesse ambiental para fins de moradia não é fenômeno novo e coloca em colisão esses direitos fundamentais.

Embora não esteja adstrita a essa hipótese, a questão é ainda mais grave e comum na áreas urbanas, onde a especulação imobiliária afasta a população de baixa renda das regiões onde é permitida a construção de moradias. Sem opções, essas pessoas acabam por invadir áreas não destinadas à edificação – entre as quais as de interesse ambiental - e instalar ali suas casas, formando grandes comunidades em situação irregular.

Importante destacar que esse fenômeno conta com a inércia – e até mesmo com o incentivo – do poder público, que se abstém de realizar qualquer fiscalização, seja prévia ou concomitante à fase de ocupação e muitas vezes instala ali equipamentos públicos que legitimam a expectativa dos ocupantes no sentido de que o Estado incentiva sua presença na região.<sup>281</sup>

Em situações como essa, surge um conflito entre os direitos fundamentais à moradia adequada e ao ambiente ecologicamente equilibrado.

Identificar quais os métodos e critérios jurídicos para a solução dessa colisão de direitos fundamentais é o objetivo do presente estudo.

Antes, contudo, é necessária uma breve digressão histórica.

---

<sup>281</sup> Sobre a instalação de equipamentos públicos em áreas de interesse ambiental ocupadas para fins de moradia, há célebre parecer da lavra de Nelson Saule Júnior e Evangelina Pinho no sentido de que o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, isonomia, ao direito à moradia e à saúde implicam em obrigatoriedade de implantação de serviço de fornecimento de água e coleta de esgoto nessas regiões, destacando ainda a relevância da omissão do poder público na fiscalização da área já ocupada há longo espaço de tempo. SAULE JÚNIOR, Nelson; PINHO, Evangelina. Implantação de serviço de abastecimento de água e coleta de esgoto em loteamento situado em área de proteção de mananciais. *In* Direito à cidade. Trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis. Coord. Nelson Saule Júnior. São Paulo: Max Limonad, 1999, p.p. 263/319.

Por muito tempo, o predomínio da teoria positivista sugeriu que a aplicação do direito se reduziria a um silogismo, onde a norma seria a premissa maior, o fato a premissa menor, e a decisão do caso, a solução.

O direito era considerado uma ciência pura, que não poderia ser contaminada pela moral, pela política ou pela sociologia.<sup>282</sup>

A absoluta coerência do ordenamento jurídico sustentada pelo pensamento positivista impediria a ocorrência de antinomias reais entre suas normas. Assim, os conflitos entre elas seriam meramente aparentes, solucionados por critérios definidos de antemão pelo ordenamento jurídico. Através de um raciocínio lógico – formal, definidos os fatos, as consequências jurídicas sempre adviriam da aplicação de um silogismo puro.

O positivismo teve seu apogeu durante a revolução industrial; no ramo jurídico teve maior destaque nas grandes codificações do século XIX.

Contudo, com a crise do Estado Liberal, as novas demandas sociais passaram a reclamar uma concepção substantiva de justiça que não era atendida pela compreensão formalista do direito proposta pelo positivismo.

SARMENTO adverte que a análise da dinâmica do sistema judicial revela que a lógica formal não esgota por completo a solução das questões, sendo imanente ao fenômeno jurídico uma certa dose de criatividade por parte de seus operadores, pois o Direito é disciplina que se presta a regular a vida humana em comunidade e não pode, portanto, ser tratado como ciência exata.<sup>283</sup>

Essa advertência se torna ainda mais grave e evidente quando o debate é trazido ao direito constitucional porque, em regra, profundamente marcadas por questões políticas, as Constituições trazem normas enunciadas de modo vago e aberto, permitindo

---

<sup>282</sup> Nesse sentido a clássica teoria pura do direito de Kelsen, que logo no início de sua obra afirma: “Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. Isto parece-nos algo de per si evidente. Porém, um relance de olhos sobre a ciência jurídica tradicional, tal como se desenvolveu no decurso dos sécs. XIX e XX, mostra claramente quão longe ela está de satisfazer à exigência da pureza. De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto. Kelsen, Hans. Teoria pura do direito; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 2.

<sup>283</sup> SARMENTO, Daniel. A ponderação..., p. 21.

ao intérprete um amplo espectro de valorações subjetivas que favorecem o aparecimento de ideologias.

Com isso, especialmente em países que adotam constituições compromissórias e analíticas<sup>284</sup>, são comuns os conflitos entre enunciados normativos da Lei Fundamental.

Entretanto, há que se considerar que a Constituição é uma unidade, devendo ser interpretada e aplicada harmonicamente. Contudo, os critérios tradicionais para a solução dessas antinomias já não atendiam às demandas sociais, tendo em vista seu dinamismo.

Assim, a doutrina jurídica procurou construir uma solução alternativa capaz de ser suficientemente maleável – atendendo às necessidades do complexo fenômeno constitucional – mas que, contudo, não ceda completamente ao subjetivismo, garantindo assim a segurança jurídica, premissa maior da existência de uma Constituição escrita.

Conforme se passará a demonstrar, a solução mais adequada à colisão de direitos fundamentais é o método da ponderação.

O que se pretende nesse capítulo é, após a análise da técnica apontada, estabelecer os critérios jurídicos para a solução das hipóteses em que o direito fundamental à moradia adequada colide com o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, dentro do contexto das remoções forçadas.

Antes, porém, é necessário um estudo acerca do princípio da unidade da Constituição, cuja adequada compreensão deixa evidente a necessidade de adoção de outra técnica – que não os métodos tradicionais – para a solução de antinomias.

## **4.1 – Princípio da unidade da Constituição**

Trata-se de postulado básico do direito moderno o princípio da unidade do ordenamento jurídico. Em um determinado espaço territorial regido por uma única ordem jurídica, esses elementos devem guardar coerência e harmonia entre si e ser interpretados sempre como um sistema.

---

<sup>284</sup> Constituição dirigente ou compromissória é aquela que assume um plano para dirigir uma evolução política, valendo-se não raras vezes de normas programáticas. FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de direito constitucional, 26ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 14. Analíticas são aquelas que abordam todos os assuntos considerados importantes pelo constituinte, descendo por vezes a minúcias que não seriam objeto do texto constitucional a fim de garantir eficácia e estabilidade a alguns direitos. LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 24/25.

Nos ordenamentos jurídicos dotados de uma Constituição rígida, esta é a fonte comum de validade e, conseqüentemente, a responsável pela coesão e harmonia do sistema.

Se na Constituição se funda a unidade do ordenamento jurídico, essa mesma ideia de unidade e harmonia também a ela se aplica. Caberá, portanto, ao intérprete e ao aplicador do direito buscá-la nas diferentes normas constitucionais: é tarefa das mais árduas, pois a diversidade de valores que são incorporados às constituições das sociedades contemporâneas – em regra pluralistas e democráticas – acaba se refletindo nos textos constitucionais. Some-se a isso a quantidade excessiva de emendas constitucionais<sup>285</sup> produzidas, que acrescentam novas regras e refletem ideologias de seu momento que, por vezes, sequer eram cogitadas à época da promulgação da Constituição.

Segundo CANOTILHO, “o princípio da unidade da constituição ganha relevo autónomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre suas normas. Como «ponto de orientação», «guia de discussão» e «fator hermenêutico de decisão», o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar.”<sup>286</sup>

Logo, ao intérprete e ao aplicador do direito caberá sempre a tarefa de harmonizar os dispositivos aparentemente conflitantes<sup>287</sup>. Contudo, não raras vezes, a conciliação completa é inviável, devendo-se nesses casos optar pela solução onde a restrição à eficácia de cada uma das normas em confronto seja a menor possível, sempre na busca de uma otimização dos bens jurídicos tutelados.

Admitida a existência de antinomias entre normas jurídicas, BOBBIO apresenta em sua clássica lição, três critérios para solução das mesmas: o cronológico, o da especialidade e o hierárquico <sup>288</sup>. Nas palavras do referido autor: “O critério

---

<sup>285</sup> Até 15/12/2017 já tinham sido promulgadas 99 emendas constitucionais no Brasil.

<sup>286</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional...*, cit., p. 1223.

<sup>287</sup> Sobre a necessidade de harmonização como solução prioritária, inclusive em relação ao direito ao ambiente ecologicamente equilibrado: “Essa colocação do problema, penso eu, é uma decorrência da compreensão da ética com a ciência axiológica ou valorativa por excelência, que vai se enriquecendo, anos após anos, de novos valores fundantes, o último dos quais é o ecológico, que, todavia, não pode prevalecer sobre o da pessoa humana e seus imperativos existenciais, o que é esquecido por certos ecologistas com grave dano para a coletividade.” REALE, Miguel. *Variações Sobre Ética e Moral*. In: *Variações 2*, Academia Brasileira de Letras, 2003, p. 6.

<sup>288</sup> Poder-se-ia aqui tratar das regras de conexão trazidas pelo Direito Internacional Privado, também destinadas a solucionar conflitos entre normas. Contudo, por se tratar de critério que busca a solução de



cronológico, chamado também de *lex posterior*, é aquele com base no qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior: *lex posterior derogat priori*. (...) O critério hierárquico, chamado também de *lex superior*, é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: *lex superior derogat inferiori*. (...) O terceiro critério, dito justamente da *lex specialis*, é aquele pelo qual, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*.<sup>289</sup>

Em relação ao critério cronológico, este não solucionará a tensão entre normas constitucionais originárias, uma vez que todas são editadas simultaneamente, com a promulgação da Constituição. Contudo, caso se trate de emenda constitucional, ela poderá revogar a norma anterior, desde que não se trate de cláusula pétrea, hipótese em que a novel norma será declarada inconstitucional<sup>290</sup>. Nessa hipótese, contudo, não pela aplicação do critério em comento, mas sim do hierárquico.

Já o critério da especialidade se presta a solucionar as hipóteses em que se trate de conflito entre uma norma geral e uma especial.

Por muito relacionada ao critério da especialidade, cumpre aqui fazer breve análise da classificação trazida por BOBBIO<sup>291</sup> acerca da antinomia entre normas. Segundo o citado autor as antinomias normativas, se classificadas quanto à sua extensão, comportam 3 espécies: total – total, parcial – parcial e total – parcial. Na antinomia total – total, as duas normas possuem o mesmo âmbito de aplicação e a observância de uma delas afasta por completo a outra (o exemplo trazido por BOBBIO é: "É proibido, aos adultos, fumar das cinco às sete na sala de cinema" e "É permitido, aos adultos, fumar das cinco às sete na sala de cinema"). A antinomia parcial – parcial ocorre nas hipóteses em que os âmbitos de validade das normas em conflito são coincidentes apenas parcialmente

---

conflitos de normas no espaço, tal abordagem extrapola os limites do presente estudo, que se debruça sobre conflito de normas em um mesmo ordenamento constitucional.

<sup>289</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995, p.p. 93/97.

<sup>290</sup> A declaração de inconstitucionalidade de emenda à Constituição é amplamente aceita pela doutrina, conforme cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle de constitucionalidade no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 154/155; e CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed., 16ª reimp. Coimbra: Almedina. 2003, p.p. 885 e segs. Igualmente, a matéria está pacificada no STF. O Min. Sydney Sanches, em seu voto na ADI 1946 MC expressamente afirmou que: "O STF já assentou o entendimento de que é admissível a ação direta de inconstitucionalidade de emenda constitucional, quando se alega, na inicial, que esta contraria princípios imutáveis ou as chamadas cláusulas pétreas da Constituição originária". Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347341>.

<sup>291</sup> O autor informa que a classificação foi criada por Alf Ross no livro *On law and justice*. In Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995, pp. 88/90.

(o exemplo fornecido é: “É proibido, aos adultos, fumar cachimbo e charuto das cinco às sete na sala de cinema” e “É permitido, aos adultos, fumar charuto e cigarro das cinco às sete na sala de cinema”). A antinomia total – parcial se dá quando o âmbito de validade de uma das normas está inteiramente compreendido no interior da outra, sendo o desta mais extenso. Em hipóteses como essa, a norma de campo de validade mais extenso pode ser aplicada, sem colidir com a outra; esta, por sua vez, sempre que aplicada entra em colisão com a norma mais extensa (o exemplo apresentado nessa hipótese é: “É proibido, aos adultos, fumar das cinco às sete na sala de cinema” e “É permitido, aos adultos, fumar, das cinco às sete, na sala de cinema, somente cigarros”).

Note-se que o critério da especialidade, segundo a lição do professor italiano, somente soluciona as antinomias do tipo total – parcial, pois todas as antinomias do tipo geral – especial assumirão essa feição. Isso explica a diminuta relevância da aplicação do critério da especialidade no presente estudo, pois fica evidenciada sua pouca utilidade para a solução de antinomias constitucionais que são, na maioria das vezes, do tipo parcial – parcial, havendo uma “interseção parcial” no conteúdo e âmbito de aplicação das normas.

Por fim, o critério hierárquico também não se presta a solucionar a maioria das hipóteses de colisão entre normas constitucionais. É inegável que a Constituição traz normas de variada importância e que assumem posições distintas no ordenamento jurídico, sendo também inequívoco que em uma ordem constitucional há uma preocupação maior com a promoção de certos valores. Isso, contudo, não pode por si só conduzir à conclusão de que alguma norma constitucional teria primazia absoluta frente às demais, sob pena de se incorrer em evidente arbitrariedade.

Há na doutrina vozes que sustentam a existência de hierarquia entre normas constitucionais originárias. A clássica – e bastante controvertida – lição de Otto Bachoff talvez seja a mais difundida. Ela foi formulada a partir de aula inaugural proferida em 1951 na universidade de Heidelberg, que deu origem à obra intitulada *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*<sup>292</sup>

Segundo essa teoria é possível que uma norma originária da Constituição seja inconstitucional, bastando para tanto que contrarie princípios transcendentais supraleais

---

<sup>292</sup> BACHOFF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Edições Almedina. Reimpressão PROL Editora, 2008.

acolhidos pela Constituição.<sup>293 294</sup> Importante ressaltar o viés jusnaturalista dessa teoria ao sustentar a existência de valores preexistentes e transcendentais, que seriam superiores à Constituição e não poderiam ser por elas contrariados. Seria, portanto, uma limitação ao poder constituinte originário.

Embora a questão suscite intenso debate, parece assistir razão a SARMENTO<sup>295</sup> que, apoiado nas lições de eminentes juristas, reconhece a limitação da Constituição por valores éticos transcendentais. Contudo, destaca que a violação desses limites não revela questão de inconstitucionalidade mas, antes, de ilegitimidade da norma Constitucional, que não pode ser aferida por órgãos jurisdicionais internos que têm sua fonte de competência na própria Constituição.

Ademais, a inexistência de hierarquia absoluta entre as normas constitucionais originárias é consequência natural do princípio da unidade da Constituição, pois a prevalência de uma norma implicaria em sacrifício completo da outra, o que comprometeria o citado princípio<sup>296</sup>.

Na jurisprudência brasileira prevalece o entendimento de que não é possível sindicarmos a constitucionalidade de normas produzidas pelo poder constituinte originário.<sup>297</sup>

Da análise dos critérios clássicos para a solução de antinomias normativas (especialidade, hierarquia e cronológico)<sup>298</sup>, pode-se concluir que estes são insuficientes

<sup>293</sup> É importante compreender as lições do professor alemão relacionando-as com o momento histórico em que foram produzidas. O regime nazista tinha sido abolido há pouco e as graves violações por ele perpetradas tinham sido implementadas sem ruptura ao sistema constitucional alemão, graças às contribuições positivistas. Havia, portanto, um clima de retorno ao Jusnaturalismo a fim de encontrar um fundamento axiológico suprapositivo para evitar que novas atrocidades pudessem ser cometidas respaldadas pelo ordenamento jurídico.

<sup>294</sup> MENDES nos dá notícia de que a Corte Constitucional da Alemanha chegou a admitir a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias “em casos extremos”, para preservar a ideia de justiça material e segurança jurídica, evitando um “positivismo despido de valores”. BVerfGE 3, 225, *in* MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle de constitucionalidade no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 116.

<sup>295</sup> SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1ª ed. 3ª Tiragem. 2003, p. 36.

<sup>296</sup> A inexistência de hierarquia entre as normas constitucionais originárias ficou expressamente consignada em decisão do Supremo Tribunal Federal ao rejeitar alegação de inconstitucionalidade de normas do ADCT (ato das disposições constitucionais transitórias) no RE 160486/SP, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213448>.

<sup>297</sup> Nesse sentido é bastante representativa a decisão proferida da ADI 815/DF, *verbis*: “Na atual Carta Magna compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (artigo 102, “caput”), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição.”. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28815%2EENUME%2E+OU+815%2EACMS%2E%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/zywy54e>. Acesso em 07/03/2018.

<sup>298</sup> BOBBIO, embora não estivesse tratando especificamente de conflito entre normas constitucionais, após admitir que com grande frequência os critérios apresentados são insuficientes para a solução de antinomias,

para a solução das hipóteses de conflito de normas constitucionais, o que levou a doutrina e jurisprudência a buscar novas formas de solução de questões como a que aqui se propõe, sempre tendo em conta a necessidade de respeitar o princípio da unidade da Constituição e, via de consequência, a necessidade de conferir a máxima efetividade e de harmonizar as normas em colisão.

## **4.2 – A ponderação constitucional como técnica adequada para a solução da colisão entre direitos fundamentais**

Muito já se discutiu acerca da possibilidade de limitação dos direitos fundamentais. Ainda que haja alguma previsão constitucional de restrição a esses direitos<sup>299</sup>, em geral essa cláusula não resolverá todas as questões concretas que se colocam.

A fim de não transbordar o tema aqui proposto, para os fins pretendidos, basta que se compreenda que o próprio exercício dos direitos fundamentais poderá gerar, dependendo de suas incidências concretas, restrições não previstas – e, portanto, não autorizadas – pela Constituição. Somente através de um mecanismo que limite e amolde a incidência desses direitos ao caso concreto se estará garantindo a própria efetividade dos direitos fundamentais. A colisão de direitos é uma realidade da qual não se pode fugir.

Conforme já destacado anteriormente, o método geral da subsunção proposto pelo positivismo não é adequado à solução de muitas das questões constitucionais. Isso porque, comumente, diversas premissas maiores – todas válidas e aplicáveis – indicam soluções distintas e contraditórias para uma mesma premissa menor. Observar a subsunção implicaria na identificação de apenas uma das normas para solucionar o caso, o que não se afigura adequado no direito constitucional, em razão do já analisado princípio da unidade da constituição.

Assim, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de lidar com o fato de que a Constituição é um documento dialético –

---

conclui que a solução mais razoável é adotar aquilo que chamou de “interpretação corretiva”, que tem por objetivo a eliminação da incompatibilidade existente, e não de uma das normas. Trata-se, como se vê, de solução que busca o mínimo sacrifício a ambas as normas em conflito, buscando a harmonização. BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995, p.p. 97/105.

<sup>299</sup> V.g. Art. 18.2 da Constituição portuguesa: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.” Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

que tutela valores potencialmente conflitantes – e que princípios nela consagrados entram frequentemente em colisão.<sup>300</sup>

Surge como alternativa a técnica da ponderação, que serve para a solucionar hipóteses como essa, denominadas pela doutrina de *hard cases*, nas quais o raciocínio tradicional da subsunção não se mostra adequado<sup>301</sup>.

Simplificadamente, é possível descrever o método da ponderação como um processo em três etapas. Em primeiro lugar são identificadas as normas em conflito. Após, serão analisadas as circunstâncias concretas do caso e seus reflexos sobre os elementos normativos. Por fim, serão apurados os pesos que devem ser atribuídos aos diferentes elementos em disputa, a fim de definir qual o grupo de normas deve prevalecer e em qual intensidade, devendo a solução ser aquela que mais atenda ao princípio da dignidade da pessoa humana e também resista ao teste da proporcionalidade em seus três aspectos.<sup>302</sup>

Note-se que a ponderação se presta a evitar o arbítrio, uma vez que teoriza e organiza o raciocínio a ser desenvolvido em hipóteses nas quais haverá inevitável ruptura com normas juridicamente válidas, mas que terão sua aplicação negada – ainda que parcialmente – em determinadas hipóteses.

#### **4.2.1 – Da distinção entre princípios e regras e da possibilidade de ponderá-los**

Muito se ocupa a doutrina com a distinção entre regras e princípios, valendo-se de um grande número de critérios<sup>303</sup> e propostas conceituais. Sem a pretensão de

<sup>300</sup> Cfr. BARROSO *et. Al.* O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Organizador Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.345.

<sup>301</sup> Indicando que as diversas tentativas dogmáticas de solucionar a questão sempre acabam desaguando na adoção do método da ponderação de bens, NOVAIS: “Ora, o percurso pelas diferentes fundamentações dos limites dos direitos fundamentais e soluções para o problema dogmático das restrições não expressamente autorizadas conduziu-nos, também, à conclusão que, de uma ou outra forma, em maior ou menor medida, aquela compatibilização de bens se faz essencialmente ou, pelo menos, não pode em algum modo prescindir, de procedimentos de ponderação de bens.” NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 570.

<sup>302</sup> Essa é a opção metodológica (com algumas pequenas alterações) adotada por BARCELLOS, Ana Paula de. Em sua obra Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional, cit., p.p. 91/145.

<sup>303</sup> CANOTILHO apresenta como critérios sugeridos para a distinção entre normas e princípios: grau de abstração; grau de determinabilidade; carácter de fundamentalidade; «proximidade» da ideia de direito; natureza normogenética. Contudo, após apontar essa multiplicidade de critérios encontrados na doutrina, analisa a questão através da função exercida pela norma e da existência de características comuns, discutindo se há diversidade qualitativa ou apenas quantitativa. In Direito Constitucional..., op. cit., p.p. 1160/1161.

esgotar o tema, basta aqui, para os fins pretendidos, estabelecer uma distinção essencial entre as duas espécies normativas, tecendo ainda algumas considerações sobre suas estruturas próprias<sup>304</sup>.

Muito embora haja vários critérios distintivos, não parece haver divergência quanto ao fato de que as espécies normativas em referência possuem estrutura diversa. Enquanto as regras descrevem comportamentos, sem se preocupar em explicitar diretamente seus fins, os princípios estabelecem objetivos a serem alcançados, sem descrever as ações necessárias para sua realização.

BARCELLOS<sup>305</sup> sustenta que o melhor critério para a distinção estrutural entre princípios e regras é a análise dos efeitos que cada uma das espécies normativas pretende produzir e dos meios aptos a alcançar esses efeitos. As normas pretendem produzir efeitos determinados e específicos ao passo que os princípios indicam efeitos relativamente indeterminados, seja porque sua definição depende de outras considerações (quanto ao conteúdo mesmo do princípio. V.g., qual o significado de dignidade da pessoa humana e quais efeitos pretende produzir?) ou porque há uma multiplicidade de condutas que podem atingi-lo, sem que a constituição tenha indicado uma delas.

Prossegue a autora informando que alguns princípios, “por decorrer do consenso”, acabam por ter um núcleo mínimo determinado que adquire natureza de regra com aplicação cogente e conteúdo definido. O que está ainda abrangido pelo princípio, mas fora desse núcleo, seria o espaço reservado à deliberação democrática, a ser atribuído ao princípio a partir de seu núcleo.<sup>306</sup>

---

<sup>304</sup> Para uma visão mais aprofundada sobre o tema, ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>305</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Organizador Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.p. 72/74.

<sup>306</sup> Em sentido semelhante – mas não acolhendo que a razão de ser seria “decorrer do consenso” – NOVAIS sustenta que a relevância constitucional dos interesses em jogo está diretamente vinculada à proximidade que o direito estará do princípio da dignidade da pessoa humana; tanto mais vinculado à dignidade da pessoa humana, mais próximo do núcleo do direito. E isso deverá ser analisado no caso concreto e servirá como limitador da ponderação: “ (...) há que perceber se o interesse de liberdade em causa se refere ao núcleo ou à auréola do respectivo direito fundamental, se está mais ou menos próximo do valor da dignidade da pessoa humana enquanto princípio constitucional vital que dá sentido estrutural unificante ao sistema dos direitos fundamentais e ao conjunto constitucional de valores, entendido, não como ordem hierarquizada e escalonada, mas como conjunto de valores que se relacionam e limitam reciprocamente em termos só a determinar no caso concreto mediante valoração e ponderação de bens.” NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 271.

Baseadas em boa parte nessa distinção, tornaram-se clássicas as lições de DWORKIN<sup>307</sup> e ALEXYY<sup>308</sup> acerca das formas de aplicação dos princípios e regras. Para esses autores as regras aplicam-se em uma lógica de “tudo ou nada”: ou são válidas e incidem, ou não incidirão por completo. Elas não admitem gradações. Ao contrário das regras, os princípios estabelecem um objetivo, que será realizado em maior ou menor grau a depender das condições fáticas e jurídicas existentes. Juridicamente, a oposição a um princípio pode se dar por regras que o excepcionam em algum ponto ou por outros princípios opostos, que igualmente devem ser observados. Os princípios admitem, portanto, ponderação.

A repercussão imediata disso é que, considerando as estruturas das espécies normativas, as regras não são concebidas para serem ponderadas. Já os princípios podem ser cumpridos com maior ou menor intensidade e de formas variadas, admitindo compressões recíprocas quando em conflito, através da técnica da ponderação.

Esse é o fundamento lógico para que a doutrina afirme que as regras têm preferência sobre os princípios constitucionais, já que não admitem ponderação. Contudo, BARCELLOS<sup>309</sup> sustenta ainda a existência de um fundamento de natureza material, que se passa a descrever.

Há amplo consenso de que a ordem jurídica possui dois valores principais, que são seu objetivo: a realização de justiça e a segurança jurídica. Ambos contribuem para a proteção e promoção do homem, especialmente no que diz respeito à sua dignidade.

Um ordenamento que se preocupe excessivamente com a estabilidade e a segurança jurídica acaba por apresentar um déficit de justiça, uma vez que a realidade

---

<sup>307</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 39-46.

<sup>308</sup> O autor chama as regras de *comandos de definição* e os princípios de *comandos de otimização*. Sobre a importância da distinção entre regras e princípios, destacou: “*Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico.*” Após esclarecer que ambas são espécies de normas – pois dizem o que deve ser – informa que o critério distintivo da generalidade é insuficiente e sustenta que a diferença entre as duas espécies normativas é qualitativa. E assim descreve a diferença: “*Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. (...) En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.*” ALEXYY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.p. 81/87.

<sup>309</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros..., cit. p.p. 77/82.

social é complexa e dinâmica, exigindo uma grande atenção à hipótese em análise para a descoberta do justo.

Por outro lado, quanto mais o sistema permitir a realização de justiça no caso concreto, mais se estará concedendo liberdade ao aplicador da norma, o que trará um acréscimo de risco de arbítrio, bem como de potenciais violações à isonomia, já que aberta a possibilidade de julgamentos desiguais para hipóteses idênticas, restará enfraquecida a segurança jurídica.

Assim, será mais eficiente o ordenamento jurídico que conseguir se aproximar do equilíbrio entre realização de justiça e segurança jurídica, atendendo ao objetivo de proteção da dignidade da pessoa humana e pacificação social. Daí dizer-se que a justiça, a segurança e a liberdade são elementos da essência de todo o texto constitucional.<sup>310</sup>

Como consequência, verifica-se a necessidade de equilíbrio entre princípios e regras, considerando-se as funções prevalentemente desempenhadas.

É possível identificar facilmente a relação entre segurança jurídica e as regras. Isso porque, na medida em que veiculam efeitos jurídicos determinados e previamente estabelecidos, contribuem para a previsibilidade do ordenamento e, portanto, importam em um acréscimo de segurança.

À realização da justiça são mais adequadas as normas que possuem maior flexibilidade, permitindo uma adaptação ao caso concreto e suas necessidades específicas. Nesse sentido, os princípios são mais adequados aos efeitos pretendidos, já que sua generalidade e abstração não engessam o intérprete e o aplicador.<sup>311</sup>

Essa distinção de natureza material corrobora ainda mais a afirmação de que as regras – porque ligadas em sua raiz mais à segurança jurídica do que à realização de justiça – não foram concebidas para serem ponderadas.

Ademais, isso importaria em uma vulneração ao Estado Democrático de Direito na medida em que as decisões e ponderações já previamente realizadas pelo Poder Legislativo restariam fragilizadas se a cada apreciação de casos concretos fossem

---

<sup>310</sup> OTERO, Paulo. Pessoa humana e constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional. *In*: Pessoa humana e direito. Coordenadores: Diogo Leite de Campos, Silmara Juny de Abreu Chinellato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 349.

<sup>311</sup> Obviamente se está aqui diante de um modelo simplificador, pois salta aos olhos que há princípios que protegem exatamente o valor segurança – como é o caso do princípio da legalidade – e regras que sedimentam soluções requeridas por exigências de justiça. Todavia, essa constatação não retira a utilidade do modelo apresentado, como revelador da maior parcela da realidade.



novamente sindicadas as conveniências e os interesses, a fim de definir o comportamento desejável.

Assim, quando uma regra colidir com a área não nuclear de um princípio, aquela deverá prevalecer<sup>312</sup>. Trata-se daquilo que se convencionou chamar de um parâmetro geral<sup>313</sup> para a ponderação, aplicável a todas as hipóteses.

Note-se que a regra reflete a concepção majoritária acerca do melhor desenvolvimento daquele princípio (não se pode perder de vista a unidade e harmonia do sistema). Entender de modo diverso seria considerar que a concepção pessoal do intérprete acerca do desenvolvimento do princípio deveria prevalecer, o que também acabará por gerar violações à isonomia.

Contudo, BARCELLOS<sup>314</sup> ressalta a existência de hipóteses excepcionais em que se permite a ponderação de regras. Isso porque, não obstante tudo o que foi até aqui exposto sobre a inadequação estrutural das regras para se submeterem à ponderação, há hipóteses em que a adoção pura e simples do modelo apresentado se revela suficiente para solucionar o caso concreto<sup>315</sup>.

Inicialmente, importante destacar que há hipóteses em que a própria estrutura interna da regra admite ponderações na definição de seu sentido<sup>316</sup>. Não há dúvidas sobre

<sup>312</sup> Sobre o tema é extremamente relevante a decisão tomada pelo STF no julgamento da ADI 223. Na hipótese se questionava a constitucionalidade da MP nº 173/90 que veda a concessão de liminar em mandados de segurança e em ações ordinárias e cautelares decorrentes de um conjunto de dez outras medidas provisórias (que tratavam de assuntos variados) bem como proibia a execução das sentenças proferidas em tais ações antes de seu trânsito em julgado. A ADI pretendia a declaração de inconstitucionalidade dessa regra em razão da violação ao princípio constitucional do acesso à justiça e da inafastabilidade do controle jurisdicional. No julgamento o tema foi debatido sob vários prismas, mas aqui interessa a importante ponderação feita pelo Min. Sepúlveda Pertence e que acabou por constar da ementa do acórdão: não seria possível definir *a priori* se a regra apontada violaria os princípios constitucionais em questão, cabendo ao julgador verificar no caso concreto se o núcleo do princípio restaria vulnerado. Assim, o tribunal entendeu que a regra, em tese, seria constitucional. Mas isso não impediria que, em determinadas hipóteses, se verifique que o núcleo do princípio estaria sendo atingido, ocasião em que deverá ser a regra considerada inconstitucional. Embora se trate de controle de constitucionalidade, a hipótese é de prevalência de uma regra quando em colisão com a área não nuclear de um princípio constitucional. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346264>. Acesso em 02/04/2018.

<sup>313</sup> Conforme se verificará adiante, outro parâmetro geral ou universal da ponderação é a adoção da solução que mais prestigie os direitos humanos.

<sup>314</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Organizador Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.p. 90/107.

<sup>315</sup> Na doutrina, também sustentando a possibilidade – ainda que excepcional – de ponderação de regras, ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 58.

<sup>316</sup> V.g., é o que ocorre quando seu texto emprega conceitos jurídicos indeterminados. O exemplo mais apontado pela doutrina brasileira é a expressão “mulher honesta”, que esteve no artigo 224 do Código Penal brasileiro até a alteração promovida pela Lei 12.015/09. Essa era a redação original: “Art. 215 - Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude: Pena - reclusão, de um a três anos.” Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm).

a disciplina que se pretende dar à realidade. O que não se consegue é descrever essa realidade com signos precisos. Não é, contudo, essa indeterminação que se verifica nos princípios (e que os torna adequados à ponderação). Nesses, a indeterminação está ligada aos seus próprios efeitos; naquelas apenas à descrição da hipótese fática sobre a qual a regra incidirá, com efeitos bem definidos.

Não é dessa hipótese que se pretende tratar aqui. O que propõe a citada autora é ser possível a incidência inválida de regras válidas em abstrato, em situações de conflito normativo insuperável. O órgão jurisdicional não declarará a inconstitucionalidade da regra. Ao revés: reafirma sua constitucionalidade, mas considera que, embora em abstrato seu texto indicasse sua subsunção a determinado caso concreto, naquela hipótese específica não incidirá em razão de sua ponderação com outras normas.<sup>317</sup>

Em razão de sua excepcionalidade, BARCELLOS sustenta que a ponderação de regras deve estar submetida ao preenchimento de requisitos, evitando-se assim que esteja entregue apenas ao arbítrio do interprete.

Os dois elementos essenciais à ponderação de regras são, também nas palavras da citada autora: violação da equidade e incidência da teoria da imprevisão.

O primeiro deles está diretamente ligado à possibilidade de realização de profunda injustiça com a aplicação de uma regra, não obstante a hipótese se amolde perfeitamente àquela descrita na norma. Tal solução contraria o ordenamento constitucional, que elegeu a realização de justiça como princípio, valor e objetivo da sociedade.<sup>318</sup>

Já a teoria da imprevisão, em análise bastante superficial<sup>319</sup>, pode ser compreendida como a possibilidade de reequilíbrio de contratos – públicos ou privados –

---

<sup>317</sup> Segundo a referida autora: “A conclusão que se pode chegar é a seguinte: é preciso reconhecer que há casos excepcionais, situações de ruptura, em que a aplicação da regra cria uma grave incompatibilidade com o sistema constitucional e, por isso, se admitirá a ponderação dos bens ou interesses que ela tutela de modo até mesmo a permitir sua não aplicação no caso concreto.” BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros..., cit., p. 92.

<sup>318</sup> Nesse sentido, o preâmbulo da Constituição brasileira: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”. No mesmo sentido, o artigo 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;” bem como o artigo 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”.

<sup>319</sup> Para uma visão mais aprofundada sobre o tema, AZEVEDO, Álvaro Villaga. Teoria da imprevisão e revisão judicial nos contratos. In Revista dos Tribunais. São Paulo. V. 85, n. 733, 1996. p.p. 109/119.

que foram alterados por circunstâncias imprevistas e imprevisíveis pelas partes envolvidas<sup>320</sup>. É a assunção de que as partes teriam pactuado diversamente caso pudessem imaginar os eventos futuros. São seus requisitos: a imprevisibilidade do evento futuro; e a alteração substancial do cenário que os contratantes tinham em mente quando celebraram a avença.

A aplicação dessa mesma lógica ao processo legislativo é possível. Assim, somente poderá ser ponderada uma regra quando ao Legislador era impossível, ao tempo da edição da norma, prever determinadas situações de fato ou padrões de conduta que vieram a se verificar posteriormente e que se amoldam à previsão normativa. E deve ainda ser razoável supor que, se fosse possível a sua previsão, a solução legislativa seria diversa.

Embora não os mencionando expressamente, o Supremo Tribunal Federal adotou esses requisitos para ponderar a aplicação de uma regra no julgamento do *habeas corpus* 73.662/MG<sup>321</sup>.

---

<sup>320</sup> No Brasil, a teoria da imprevisão tem previsão normativa. Nesse sentido a lei de licitações (Lei 8.666/93) dispõe: “Art. 57: § 1º: Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo: (...) II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;” e “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...) II - por acordo das partes: (...) d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.” Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm).

<sup>321</sup> Na hipótese a 2ª Turma do STF decidiu por maioria de três votos a dois afastar no caso concreto a presunção de violência nos crimes contra a liberdade sexual cometidos contra menor de 14 anos que estava prevista no artigo 224 “a” do Código Penal (<sup>321</sup> Dizia o texto que foi revogado pela Lei 12.015/09: “Art. 224: Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de catorze anos;” Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em 02/04/2018). Tratou-se um caso de ampla repercussão, onde se discutia a alegação de violação aos princípios da justiça e da razoabilidade (este em seu sentido difuso), pois a vítima de estupro, embora menor de 14 anos, levava vida promíscua, assumiu já ter feito sexo antes com outros rapazes, afirmou que a relação sexual foi consentida e que apenas relatou o fato à autoridade policial pois seu pai a obrigou. Somou-se a isso o fato de que ela aparentava ter idade superior à que realmente tinha. A argumentação vencedora afastou a presunção de violência contida na regra citada (afirmando que a mesma seria apenas relativa), sob vários fundamentos. Mas ganhou relevo no debate a consideração de que a modificação dos costumes ao longo do tempo trouxe enrijecimento excessivo à legislação, que deveria ser adaptada à nova realidade. Também foi destacado que não houve qualquer constrangimento na hipótese, não sendo possível qualificar como crime hediondo a conduta do paciente que praticara sexo consentido com uma parceira que já tinha larga experiência sexual e aparentava ter mais de 14 anos. Como se vê, sem expressamente mencioná-los como tal, o Tribunal utilizou como fundamentos para ponderar a aplicação da regra, os dois requisitos apontados pela doutrina: a injustiça da decisão e o fato de que o passar do tempo e as alterações sociais fizeram com que as circunstâncias verificadas no caso concreto não fossem previsíveis ao legislador à época da edição da norma. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663>. Acesso em 02/04/2018.

De todo o exposto resta claro que, independentemente dos critérios e metodologias usados para distingui-los, princípios e regras possuem fundamentos e estruturas próprios e não se confundem, sendo, via de regra, apenas ponderáveis os princípios.

Para os fins buscados no presente estudo, cumpre então investigar se os direitos à moradia adequada e ao ambiente ecologicamente equilibrado, da forma como dispostos nos ordenamentos constitucionais contemporâneos, assumem a feição de regras ou de princípios. Somente assim ficará desde já afirmada a utilidade da adoção da técnica da ponderação na solução de eventuais tensões entre os dois direitos.

Em relação ao direito à moradia adequada, analisada no Capítulo 1, o que se verificou foi que os textos constitucionais trazem sua previsão entre o rol dos direitos fundamentais, tratando-se de um direito fundamental social.

Também conforme já destacado, adotou-se como critério para distinção entre princípios e regras a análise dos efeitos que cada uma das espécies normativas pretende produzir e dos meios aptos a alcançar esses efeitos. Não é possível extrair das normas constitucionais positivadoras do direito à moradia adequada, efeitos determinados e específicos, sendo certo se tratar de mandado de otimização, carecendo de maiores considerações acerca de seu significado real, com múltiplas formas de realização. É possível, portanto, concluir pela existência de um princípio constitucional à moradia adequada<sup>322</sup>.

Não se olvida que algumas normas trazidas sobre o tema traduzem verdadeiras regras<sup>323</sup>, o que não é de se entranhar pois, conforme já dito, todo o princípio possui um núcleo mínimo que assume a natureza de regra e pode, portanto, vir assim disciplinado pela Constituição.

No que diz respeito ao direito ambiental, a questão se coloca ainda mais clara. Trata-se de disciplina fortemente marcada por orientação principiológica. Já se teve a oportunidade de destacar que, para a doutrina majoritária, o direito ambiental é uma

---

<sup>322</sup> Nesse mesmo sentido, sustentando a existência de um princípio constitucional à moradia, FERREIRA, Carlos Renato de Azevedo. Dignidade humana e o direito à moradia: garantia constitucional e segurança jurídica. In Tratado Luso – Brasileiro da dignidade humana. Coordenação: Jorge Miranda e Marco Antônio Marques da Silva. São Paulo: Quartier Latin. 2008, p. 960.

<sup>323</sup> V.g. o artigo 65.1 da Constituição portuguesa que dispõe: “5. É garantida a participação dos interessados na elaboração dos instrumentos de planeamento urbanístico e de quaisquer outros instrumentos de planeamento físico do território.” Entendeu por bem o Constituinte estabelecer regra que permita a participação popular no planejamento urbanístico. Embora seja possível argumentar que a forma de participação e seus objetivos não estão determinados (o que seria característica dos princípios), parece forçoso admitir que a participação popular nesses casos é uma regra, não admitindo ponderações em sentido contrário.

disciplina jurídica autônoma. Para que seja reconhecida como tal, é necessário que seja dotada de princípios que informem, orientem e disciplinem sua relação com os demais ramos do direito, além da existência de normas próprias que a regulem.

Também já se teve a oportunidade de sustentar no item 2.4 a existência do princípio constitucional do ambiente ecologicamente equilibrado, para o qual se remete o leitor, a fim de se evitarem repetições desnecessárias.

Esse, contudo, não será o único princípio relevante quando se tratar da colisão com o direito à moradia adequada. A própria estrutura adotada no capítulo 2 do presente trabalho, que foi dedicado ao tema, revela a existência de ampla gama de princípios trazidos pelo direito ambiental. Todos podem assumir relevância em determinados casos concretos em que se contraponham ao direito à moradia adequada, que é o objeto de interesse para o presente estudo.

#### **4.2.2 – A dignidade da pessoa humana na ponderação de interesses**

SARMENTO adverte que o método da ponderação de interesses não representa uma técnica puramente procedimental para a solução de conflitos entre princípios constitucionais, mas, antes, traz uma dimensão substantiva na medida em que seus resultados devem produzir resultados humanísticos superiores<sup>324</sup>.

Admitindo que na ponderação de interesses se procura alcançar uma solução que privilegie a preservação do real significado dos princípios em conflito, o princípio da dignidade da pessoa humana ganha especial relevo nesse tema.

Isso porque, nas palavras de MIRANDA, “trata-se de princípio axiológico fundamental e limite transcendente do poder constituinte; dir-se-ia mesmo um metaprincípio”<sup>325</sup>. Se é esse valor fundamental que orienta toda a ordem jurídica, é sem jamais perdê-lo de vista que deverá ser realizado o método da ponderação de princípios.

Sem que se pretendam aqui maiores digressões acerca de sua evolução histórica<sup>326</sup>, o que fugiria ao objeto do presente, verifica-se que sua positivação teve início

---

<sup>324</sup> SARMENTO, Daniel. A ponderação..., cit., p. 57.

<sup>325</sup> MIRANDA, Jorge. Manual..., tomo IV, cit. p. 223.

<sup>326</sup> Para maior aprofundamento sobre a evolução histórica do princípio da dignidade da pessoa humana, SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

nos textos internacionais<sup>327</sup> e nas Constituições que se seguiram à segunda guerra mundial.

Em Portugal, a Constituição de 1933 tratou da dignidade humana após a revisão de 1951 em seu artigo 6º, nº3, mas foi a Constituição de 1976 que deu trato definitivo ao tema, declarando em seu artigo 1º que Portugal é uma República baseada na dignidade da pessoa humana<sup>328</sup>.

No Brasil, veio previsto no artigo 1º, III da Constituição, que o proclama como fundamento da República Federativa Brasileira.<sup>329 330</sup>

Acerca de seu conceito, é importante considerar que sua essência é de difícil tradução em palavras. Essa fluidez, contudo, não importa em apequenamento ou diminuição de sua importância. Ao contrário, contribui para que possa ter seus efeitos irradiados a todo o ordenamento jurídico, incidindo em hipóteses que jamais poderiam ter sido previstas pelo constituinte originário.

BARROSO indica requisitos que não podem ser ignorados: a conceituação da dignidade da pessoa humana deve sempre trazer conteúdos laicos, politicamente neutros e universalizáveis.<sup>331</sup>

Segundo SARMENTO, o princípio da dignidade da pessoa humana nada mais é do que a expressão jurídica do pensamento kantiano, segundo o qual o homem deve sempre ser tratado como um fim em si mesmo e nunca como um meio. Isso porque o ser humano precede o direito e o Estado, que só se justificam em razão dele.<sup>332</sup>

<sup>327</sup> V.g. a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) em seu artigo 1º assim dispõe: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.” Disponível em <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em 16/01/2018.

<sup>328</sup> Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

<sup>329</sup> Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

<sup>330</sup> Interessante notar que tanto no caso brasileiro quanto no português, a preocupação em tratar o princípio da dignidade da pessoa humana como valor central da ordem constitucional deveu-se, em grande parte, ao fato de as cartas constitucionais surgirem após o declínio de regimes totalitaristas: o regime militar no Brasil e o salazarismo em Portugal. O mesmo fenômeno ocorreu na Espanha, após o franquismo, onde a constituição de 1978 estabeleceu em seu artigo 10 que: “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”; e também na Alemanha, após o nazismo, tendo o artigo 1º da Constituição de 1949 consignado que: “1. Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.” Disponíveis, respectivamente, em: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229), e [https://www.constituteproject.org/constitution/German\\_Federal\\_Republic\\_2014?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2014?lang=en).

<sup>331</sup> BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 14, n. 76, nov./jun. 2012, p. 20. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/52440>>. Acesso em 21/01/2018.

<sup>332</sup> SARMENTO, Daniel. A ponderação..., cit., p. 59

SARLET, após destacar que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por sua ambiguidade, porosidade, mutabilidade e polissemia, admite que não há uma definição genérica e abstrata consensualmente aceita. Contudo, identifica na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa, o elemento nuclear da dignidade.<sup>333</sup>

O reconhecimento de que o conceito e o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana estão em constante evolução, torna extremamente útil a proposição de BARROSO, que parece sintetizar as duas propostas conceituais anteriormente apontadas, ao indicar três conteúdos essenciais da dignidade: valor intrínseco, autonomia e valor comunitário da pessoa humana. «Valor intrínseco» está ligado ao fato de o homem ocupar uma posição singular no mundo, distinguindo-se dos animais e coisas, sendo um fim em si mesmo. «Autonomia» envolve a capacidade de autodeterminação, refletindo-se na autonomia privada (que envolve o direito à liberdade) e na pública (identificada no direito de cada um a participar do processo democrático). Por fim, «valor comunitário da pessoa humana» abriga o elemento social, traduzindo uma concepção ligada a valores compartilhados pela comunidade com o intuito de alcance de uma vida de qualidade.<sup>334</sup>

335

Uma vez delineado seu conteúdo, cumpre investigar a natureza jurídica da dignidade da pessoa humana. Antes, porém, há que se fazer uma advertência: apesar de se reconhecer que o direito pode desempenhar papel fundamental em sua proteção e promoção, não se pode olvidar que sua existência não está condicionada a seu reconhecimento jurídico, uma vez que é a ele anterior e traduz valor inato, da natureza do ser humano.

Superada essa questão, parece assistir razão a BARROSO quando analisa sua natureza jurídica: “A dignidade humana, então, é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação em

---

<sup>333</sup> Não se pode perder de vista que aqui se está tratando de autodeterminação abstratamente considerada, de tal sorte que o absolutamente incapaz é plenamente dotado de dignidade embora não possa, concretamente, autodeterminar-se. Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.p. 39/45.

<sup>334</sup> Interessante notar que esse terceiro conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana, ao contrário dos demais, não tem na liberdade seu componente central, mas, ao contrário, trata de limitá-la. E é esse conteúdo que se presta a proteger direitos de terceiros e valores sociais. E é justamente aqui que se coloca a dimensão ecológica da dignidade, tão cara ao objeto do presente estudo.

<sup>335</sup> BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 14, n. 76, nov./jun. 2012, p.p. 23/30. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/52440>>. Acesso em 21/01/2018.

norma expressa seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema.”<sup>336</sup>

A colocação do ser humano individualmente considerado como protagonista da dignidade humana pelo reconhecimento de que ele é um fim em si mesmo, conduz a uma primeira conclusão: será sempre inadmissível o sacrifício da dignidade pessoal a benefício da coletividade. A dignidade da pessoa humana não cede à vontade popular. Segundo MIRANDA: , “(...) não é exatamente o mesmo falar em dignidade da pessoa humana e dignidade humana. Aquela expressão dirige-se ao homem concreto e individual; esta, à humanidade, entendida como qualidade comum todos os homens ou em conjunto que os engloba e ultrapassa. Declarando a comunidade política portuguesa «baseada na dignidade da pessoa humana», a Constituição afasta e repudia qualquer tipo de interpretação transpersonalista ou simplesmente autoritária que pudesse permitir o sacrifício dos direitos ou até da personalidade individual em nome de pretensos interesses coletivos.”<sup>337</sup>

Quanto à titularidade, trata-se de princípio de pretensão universalista, não pertencendo a determinada classe, nacionalidade ou etnia mas, antes, a todo e qualquer indivíduo pelo simples fato de pertencer à espécie humana. Assim, é irrenunciável<sup>338</sup> e inalienável<sup>339</sup>, não se despidendo dela nenhum homem, independentemente dos atos que tenha praticado.

<sup>336</sup> BARROSO, Luís Roberto. A dignidade..., cit., p. 11.

<sup>337</sup> MIRANDA, Jorge. Manual..., cit., Vol. II, Tomo IV, p. 223.

<sup>338</sup> Nesse sentido, OTERO, Paulo. Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana. In: Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. Org. António Menezes Cordeiro, Pedro Pais de Vasconcelos, e Paula Costa e Silva. Coimbra: Almedina, 2008. 1ºv., p. 130.

<sup>339</sup> A irrenunciabilidade e a inalienabilidade têm amplo reconhecimento jurisprudencial. Tornou-se notória a decisão do Conselho de Estado francês, no caso *Commune de Morsang-sur-Orge*, de 27 out. 1995. Na hipótese, o prefeito da cidade de Morsang-sur-Orge proibiu a atração existente em algumas casas noturnas conhecida como lancer de nain (arremesso de anão), que consistia em os frequentadores do local arremessarem um anão como forma de competição. Uma casa noturna, em litisconsórcio com um dos anões que participavam do espetáculo, recorreu da decisão para o tribunal administrativo, que anulou o ato por excesso de poder. O Conselho do Estado, contudo, reformou essa decisão ao reconhecer que a atração era atentatória à dignidade da pessoa humana, que é matéria de ordem pública e não poderia ser renunciada.”

Disponível em: <http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/ViewRoot.asp?View=Html&DMode=Html&PushDirectUrl=1&Item=3&fond=DCE&text=Morsang%2Dsur%2DOrge&Page=1&querytype=simple&NbEltPerPages=5&Pluriels=True>.

Acesso em 04/04/2018.



Existe desde a concepção - em respeito à inviolabilidade da vida<sup>340</sup>- precedendo, portanto, ao nascimento.<sup>341</sup> Estende-se após a morte, pois o cadáver e os restos cadavéricos não deixam de receber a projeção da dignidade humana.<sup>342</sup>

Não há consenso doutrinário sobre o fato de revestir-se de caráter absoluto. Para MIRANDA, por se tratar de um metaprincípio, que informa e orienta todo o ordenamento jurídico, é de se considerar que encerra um valor absoluto. Por isso sustenta somente ser possível a ponderação da dignidade de uma pessoa com a dignidade de outra pessoa, não com qualquer outro princípio, valor ou interesse.<sup>343</sup>

Em sentido contrário BARROSO, embora a reconheça como valor fundamental, afirma não haver caráter absoluto. Para esse autor, o fato de ter precedência na maioria das situações de colisão com outros princípios não impede que alguns de seus aspectos sejam sacrificados em prol de outros valores individuais ou sociais, apresentando como exemplos a pena de prisão e a pena de expulsão de estrangeiros.<sup>344</sup>

Em que pese o brilhantismo da argumentação, não parece adequado considerar que essas hipóteses revelariam ponderação da dignidade da pessoa humana com outros princípios constitucionais. De acordo com a própria definição de conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana trazida pelo referido autor, verifica-se a existência de um valor comunitário da pessoa humana. As hipóteses apresentadas, então, seriam de ponderação da dignidade da pessoa humana em seu conteúdo de autonomia, versus ela própria em seu conteúdo de valor comunitário da pessoa humana.<sup>345</sup>

<sup>340</sup> Inviolabilidade prevista, v.g., no artigo 24, nº1 da Constituição Portuguesa: “A vida humana é inviolável.” (disponível em

<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>) e no artigo 5º, *caput*, da Constituição Brasileira: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.” (disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)).

<sup>341</sup> Interessante destacar que o Tribunal Constitucional Português já expressamente referiu e reconheceu a existência da “dignidade da vida intra – uterina” ao discutir a constitucionalidade de medidas descriminalizadoras do aborto. Cfr. acórdão 617/2006 do TC português (nº 33). Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060617.html>.

<sup>342</sup> OTERO, Paulo. Pessoa humana e Constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional. In: Pessoa humana e direito. Coordenadores: Diogo Leite de Campos, Silmara Juny de Abreu Chinellato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 379.

<sup>343</sup> Cfr. MIRANDA, Jorge. Manual..., cit., Vol. II, Tomo IV, p.p. 222/223.

<sup>344</sup> A dignidade..., cit. p.p. 14/15.

<sup>345</sup> Em sentido semelhante, negando a possibilidade de que a dignidade da pessoa humana possa ceder em face da ponderação com outros princípios concretos, é a lição de SARMENTO: “ É certo que, sob certas condições, a ponderação pode importar em restrição ou afastamento de direitos fundamentais, para a tutela de bens coletivos de estatuto constitucional. Porém, tornando-se como premissa uma perspectiva personalista e não individualista da dignidade da pessoa humana, que valorize também a dimensão coletiva do homem, esta restrição, por si só, não bastará para caracterizar lesão à dignidade da pessoa humana.”. In A ponderação..., cit. p. 76. Também merece destaque a classificação trazida por ALEXANDRINO, para

Nos capítulos antecedentes, demonstrou-se a estreita relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos à moradia adequada e ao ambiente ecologicamente equilibrado. As constituições fazem múltiplas alusões à qualidade de vida ligada à efetivação dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. É justamente na construção de uma vida digna e de qualidade que se faz fundamental a observância aos direitos à moradia adequada e ao ambiente ecologicamente equilibrado. Em relação a este último, é fundamental que se compreenda a noção de «valor comunitário da pessoa humana» já mencionada, pois ela teoriza a íntima relação entre dignidade da pessoa humana e direito ao ambiente, ao descrever o conteúdo social da dignidade relacionado à qualidade de vida.

O reconhecimento de que se trata de um princípio jurídico produz consequência relevante no que diz respeito a seu papel no sistema constitucional. Entre as múltiplas funções desempenhadas, é possível considerar que a primeira delas seria a legitimação ética da própria Constituição.

Em uma dimensão negativa, serve como limite à atuação do Estado e de particulares, sendo possível afirmar que qualquer ato praticado em seu desrespeito será inválido.

Contudo, em se tratando de poder público, a concretização desse princípio não se contenta com o simples limite à sua atuação. O Estado tem também o dever de promover a dignidade da pessoa humana, garantindo o mínimo existencial<sup>346</sup> para cada homem em seu território.<sup>347</sup>

Também se revela fundamental seu papel hermenêutico, já que por se tratar de fundamento constitucional, o princípio em estudo deve ser diretriz para a interpretação

---

quem a dignidade da pessoa humana pode ser apreendida como valor, princípio ou regra: “Como valor, tem um carácter absoluto, intangível e incondicionado (desde que se preserve a inerente função simbólica e se renuncie à fixação de conteúdo); como princípio, é relativizável, uma vez que a respectiva norma tem de conviver com os efeitos de outras normas de garantia; como regra, dá a aparência de absoluto (der Eindruck de Absolutheit), ao resolver sem apelo certos casos limite.” ALEXANDRINO, José de Melo. Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana : um esboço traçado a partir da variedade de concepções. *In*: Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. Org. António Menezes Cordeiro, Pedro Pais de Vasconcelos, e Paula Costa e Silva. Coimbra: Almedina, 2008. 1ºv., p.p. 510/511.

<sup>346</sup> Sobre o conceito de mínimo existencial, é lapidar a lição de Ricardo Lobo Torres: “Há um direito a condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas. O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procura-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa e da dignidade do homem, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão. Despe-se o mínimo existencial de conteúdo específico. (...) [É] variável no tempo e no espaço e, não raro, paradoxal, surgindo tanto nos países ricos como nos pobres.” TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. *In* Teoria dos direitos fundamentais. 2ª edição. Organizador: Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Editora RENOVAR, p.p. 266/267.

<sup>347</sup> Cfr. SARMENTO, Daniel. A ponderação..., cit. p. 71.

de todo o ordenamento jurídico. É justamente através de sua função interpretativa que tal princípio em estudo fornece sua principal contribuição à técnica da ponderação de interesses, à qual servirá de parâmetro, como guia substantivo.

Trata-se do que a doutrina costuma chamar de parâmetro geral ou preferencial do processo de ponderação<sup>348</sup>, aplicável a todos os processos, seja de ponderação abstrata ou *ad hoc*.

Assim, em casos de colisão entre princípios constitucionais, deve o operador do direito, observado o princípio da proporcionalidade, adotar a solução mais alinhada com a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, identificada aqui como a proteção e promoção dos direitos fundamentais, bem como das condições necessárias à manutenção de seu mínimo existencial.

Note-se ser possível que as diferentes normas que o processo de ponderação venha a produzir realizem a dignidade da pessoa humana. É justamente o que ocorrerá nas hipóteses de colisão entre o direito à moradia adequada e ao ambiente ecologicamente equilibrado. O propósito do parâmetro aqui apresentado é conferir preferência àquela que a realizar de forma mais direta. Por óbvio, o cenário ideal é que qualquer norma que privilegie a dignidade da pessoa humana seja prestigiada. Contudo, diante de um cenário de colisão, há que se fazer uma escolha que, nesse caso, recairá sob aquela que a realizar mais diretamente.

#### **4.2.3 – O princípio da proporcionalidade**

Tendo como objetivo maior a contenção de arbítrios e excessos no exercício do poder, conferindo defesa aos direitos do cidadão, o princípio da proporcionalidade tem sido utilizado para o controle de atos administrativos e legislativos, produzidos com manifesto excesso e em desconformidade com o sentido de justiça.

De início, importante que não se perca de vista que, no exercício dessa atividade, o Poder Judiciário transborda a teoria jurídica convencional e não se atém apenas ao controle da legalidade dos atos. Trata-se de verdadeira análise do mérito do ato legislativo ou administrativo, devendo, por isso, ser feito com redobrada cautela.

Antes de avaliar seu conteúdo e características, importante que se faça uma advertência terminológica: tratam-se aqui como fungíveis os princípios da

---

<sup>348</sup> Já se teve a oportunidade de discorrer sobre o outro parâmetro geral da ponderação: a prevalência das regras sobre os princípios.

proporcionalidade e da razoabilidade<sup>349</sup>, pois, embora tenham matrizes diferentes – no direito norte americano e no germânico - possuem a mesma função, qual seja, coibir os abusos do Poder Público, invalidando leis ou atos administrativos contrários aos valores abrigados na Constituição.<sup>350 351</sup>

Inicialmente utilizado no Direito Penal, a noção de proporcionalidade migrou para o direito administrativo e, após a Segunda Guerra Mundial, passou a ser utilizada mais fortemente em todos os ramos do direito, em grande parte como resposta ao temor de que as barbáries cometidas pelo regime nazista pudessem retornar.

---

<sup>349</sup> CANOTILHO chama de princípio da proibição do excesso, dando-lhe idêntico conteúdo ao aqui exposto para proporcionalidade. *In* Direito Constitucional..., cit., p.p 266/278.

<sup>350</sup> É também a forma como o Supremo Tribunal Federal trata a matéria. Nesse sentido RMS 34004 ED-AgR/DF julgado em 17/11/2017 e disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14193902>; e RE 640452 RG / RO julgado em 06/10/2011 e disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1609847>.

<sup>351</sup> No mesmo sentido: BARROSO, Luís Roberto de. O começo..., cit., p.p. 362/363. Embora tal posicionamento pareça prevalecer tanto na doutrina quanto na jurisprudência, é possível encontrar-se argumentação em sentido contrário. Virgílio Afonso da Silva sustenta, citando a doutrina inglesa, que na verdade o que existe é o princípio da *irrazoabilidade*. Assim, tal critério serviria para afastar os atos absurdamente irrazoáveis. Admite, portanto, a existência de um ato não absurdo (e que assim atende à razoabilidade) e desproporcional. *In O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais 798, 2002. p. 29/30. Humberto Ávila traz posição intermediária que merece nota. Para o autor, razoabilidade e proporcionalidade não se confundem. O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Público, para a realização de seus fins, adote meios adequados, necessários e proporcionais. Pressupõe, portanto, o exame de causalidade entre o meio e a finalidade perseguida. Já na aferição da razoabilidade, há uma relação entre uma qualidade e uma medida adotada. E, ainda segundo o autor, uma qualidade não leva à medida, mas é critério intrínseco a ela. Conclui, contudo, afirmando que ainda que não tenha sido essa a sua opção, não considera equivocado enquadrar a proibição de excesso e a razoabilidade no exame da proporcionalidade em sentido estrito. ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2005, p.p. 109/111. A mesma distinção é feita por NOVAIS, que assim diferencia razoabilidade e proporcionalidade, relacionando aquela ao sujeito de direito: “(...) diferentemente do que acontece com a verificação da proporcionalidade da restrição, o controle da razoabilidade concentra-se na gravidade, qualitativa ou quantitativa, que a medida restritiva provoca na esfera do(s) afectado(s), havendo inconstitucionalidade sempre que, independentemente da adequação da relação de meio – fim sobre que incide o limite da proporcionalidade das restrições aos direitos fundamentais, a quantidade ou qualidade dos encargos impostos excede o que é legitimamente tolerável pela liberdade e autonomia pessoal em Estado de Direito. Logo, no controle de razoabilidade já não é a adequação da relação entre bens que é averiguada, mas sim a razoabilidade da relação entre um dever de direito público e a pessoa do obrigado.” *In* As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 768.

Muito embora a Constituição alemã de 1949 não o consagre expressamente, o princípio da proporcionalidade é extraído da cláusula do Estado de Direito<sup>352</sup> pela doutrina e jurisprudência.<sup>353</sup>

Assim, esse princípio foi sendo reconhecido em todo o continente europeu<sup>354</sup> e hoje é utilizado pela própria jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos<sup>355</sup>.

Nos Estados Unidos o princípio da razoabilidade é visto como fruto da interpretação evolutiva da cláusula do devido processo legal<sup>356</sup>, trazida pelas 5ª e 14ª emendas à Constituição<sup>357</sup>. Entretanto, até hoje há expressiva corrente doutrinária que nega o aspecto substantivo ao devido processo legal naquele país. A trajetória histórica

<sup>352</sup> É possível identificar também na jurisprudência do Tribunal Constitucional Português a extração desse princípio do Estado de Direito, conforme se vê do acórdão 200/2001: “(...) Mas o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio geral de limitação do poder público, pode ancorar-se no princípio geral do Estado de Direito, impondo limites resultantes da avaliação da relação entre os fins e as medidas públicas, devendo o Estado-legislador e o Estado-administrador adequar a sua projectada acção aos fins pretendidos, e não configurar as medidas que tomam como desnecessária ou excessivamente restritivas.”. disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20010200.html>. Acesso em 06/04/2018.

<sup>353</sup> Cfr. CANOTILHO, acrescentando que o mesmo fenómeno ocorreu durante o pós – guerra na Inglaterra, Itália e França. *In* Direito Constitucional..., cit. p. 268.

<sup>354</sup> Em Portugal está previsto nos artigos 18.2, 19.4, 265 e 266.2 da Constituição e tem recebido grande atenção do Tribunal Constitucional, como exemplificativamente se pode ver nos acórdãos 200/2001 e 157/2008, disponíveis em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20010200.html> e <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080157.html>, respectivamente.

<sup>355</sup> A título de exemplo, no julgamento do caso FABRIS v. FRANCE, onde se discutia a partilha desigual entre filhos havidos no casamento e fora dele, a Corte assim se expressou: “73. In the light of all the aforementioned considerations, the Court concludes that there was no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the legitimate aim pursued. There was therefore no objective and reasonable justification for the difference in treatment regarding the applicant. Accordingly, there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1.”. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-116716>. Acesso em 06/04/2018.

<sup>356</sup> O Supremo Tribunal Federal tem reiterada jurisprudência reconhecendo-o como decorrência do devido processo legal substantivo: “O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.” ADI 1407 MC / DF. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347037>.

<sup>357</sup> A 5ª emenda tem aplicação restrita ao governo federal e estabelece: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.” A regra só foi estendida aos estados com a aprovação da 14ª emenda que dispõe: “Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.” Disponíveis, respectivamente em: [https://www.usconstitution.net/xconst\\_Am5.html](https://www.usconstitution.net/xconst_Am5.html) e <https://www.law.cornell.edu/constitution/amendmentxiv>.

do devido processo legal no ordenamento jurídico norte – americano pode ser dividida em três fases. Até o final do século XIX, tinha significado puramente procedimental e tutelava apenas os direitos das partes em um processo. Após, a Suprema Corte, fortemente influenciada pela doutrina liberal, passou a invalidar as leis que interferissem na liberdade de contratação e no direito de propriedade<sup>358</sup>. Esse posicionamento perdurou até a década de 30 do século passado, quando o governo federal americano passou a adotar política fortemente intervencionista promovida para recuperar a economia da crise de 1929. Assim, transferiu-se a aplicação do devido processo legal substantivo do campo das atividades econômicas para os direitos fundamentais, transformando-se em um instrumento poderoso na defesa dos direitos fundamentais do cidadão frente ao poder legislativo<sup>359</sup>.

Costuma-se decompor o princípio da proporcionalidade em três subprincípios: adequação, necessidade ou exigibilidade e racionalidade ou proporcionalidade em sentido estrito. A aferição da razoabilidade da medida se dará, então, por etapas sucessivas e subsidiárias<sup>360</sup>, verificando-se se restam atendidos os subprincípios indicados.

Adequação é a aptidão da medida adotada para produzir os fins pretendidos. Assim, o ato administrativo ou legislativo emanado pelo poder público deve ser idôneo, ao menos em tese, a produzir a finalidade a que se propõe ou ao menos fomentá-la<sup>361</sup>. Trata-se de análise a ser feita sob o enfoque negativo, ou seja, a norma ou ato administrativo serão invalidados quando inequivocamente forem inidôneos para atingir os meios alcançados.

O subprincípio da necessidade ou exigibilidade indica que o poder público, entre as alternativas possíveis, deve adotar a medida menos gravosa para atingir a finalidade pretendida. Havendo outras medidas menos lesivas aos direitos e interesses da coletividade em geral, fica vedada ao agente estatal a adoção da medida mais gravosa.

---

<sup>358</sup> No *leading case* *Lochner v. New York* a Suprema Corte norte – Americana decidiu que violava o devido processo legal substantivo lei que fixava jornada máxima de trabalho para a profissão de padeiro, por interferir na liberdade de contratação das partes. Disponível em <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/198/45.html>. Acesso em 06/04/2018.

<sup>359</sup> Cfr. SARMENTO, Daniel. A ponderação..., cit. p.p. 83/85.

<sup>360</sup> C.f. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional..., cit., p. 798.

<sup>361</sup> Adota-se aqui a posição sustentada por Virgílio Afonso da Silva, para quem “Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado.” In O proporcional..., cit., p.p. 200/201.

Daí dizer-se que o exame da necessidade é, imprescindivelmente, comparativo; o da adequação é absoluto.<sup>362</sup>

E não basta que o seja apenas em seu aspecto material. Deve também exercer a menor influência possível em seu aspecto temporal, espacial e subjetivo. A restrição ao direito imposta deve ser pelo menor tempo, com a menor abrangência e somente à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser afetados.

Já a racionalidade ou proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação propriamente dita. Deverá o intérprete realizar juízo de valor e identificar se os benefícios obtidos são superiores às restrições impostas. Obviamente, não estão em jogo valores aritméticos, razão pela qual haverá aqui sempre certa dose de subjetivismo, o que recomenda uma especial prudência por parte do órgão julgador<sup>363</sup>, evitando que o juiz – que não dispõe de legitimidade democrática para tanto – se imiscua no mérito legislativo ou administrativo, subtraindo, indevidamente, atividade típica de outro poder do Estado.

MIRANDA destaca que desrespeitado o primeiro dos subprincípios, haverá arbítrio. Se não se verificarem os outros dois, haverá excesso.<sup>364</sup>

Além das violações por excesso, é possível que o Estado desrespeite a proporcionalidade por incumprimento de deveres de proteção, relativos ao exercício de direitos fundamentais. Falar-se-á em desproporcionalidade positiva quando há proteção em excesso e injustificada ao exercício de determinados direitos e em desproporcionalidade negativa, quando houver déficit de proteção.

Por fim, importante ressaltar que esse princípio se aplica a todas as espécies de atos dos poderes públicos, vinculando o legislador, a administração e a jurisdição.

Exercido dentro desses limites, o juízo de razoabilidade é capaz de trazer contornos de estabilidade e justiça para as hipóteses de restrições de direitos fundamentais, pois, segundo CANOTILHO: “Trata-se, afinal, de um controlo de natureza equitativa que, não pondo em causa os poderes constitucionalmente competentes para a prática de actos autoritativos e sem afectar a certeza do direito, contribui para a integração do ‘momento de justiça’ no palco da conflitualidade social.”<sup>365</sup>

<sup>362</sup> C.f. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional..., cit. p. 798

<sup>363</sup> Nesse sentido o acórdão 108/1999 do Tribunal Constitucional Português: “A limitação da liberdade de conformação legislativa, neste domínio, só pode ocorrer, quando a sanção se apresente como manifestamente excessiva.” Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990108.html>.

<sup>364</sup> MIRANDA, Jorge. Manual..., cit., tomo IV, p. 308.

<sup>365</sup> Direito Constitucional..., cit. p. 269.

Dentre as múltiplas funções que o princípio da proporcionalidade pode assumir no ordenamento jurídico, importa ao presente estudo a sua utilização como pauta procedimental para a técnica da ponderação de interesses, que será adiante analisada.

#### 4.2.4 – A técnica da ponderação de interesses

Conforme já pontuado anteriormente, há hipóteses em que o critério tradicional da subsunção não é suficiente para a aplicação do direito ao caso concreto. Isso porque mais de uma premissa maior é aplicável à hipótese (porque válidas e de mesma hierarquia), sendo certo que elas apontam para soluções diferentes e conflitantes total ou parcialmente.

Tal situação é mais comum e grave quando em se tratando de normas constitucionais, considerando ser comum sua abstração e generalidade. Nesses casos, não sendo possível a adoção de nenhum dos critérios tradicionais de solução de antinomias normativas anteriormente estudados, o princípio da unidade da Constituição impede que uma das normas seja afastada pois todas as disposições constitucionais são dotadas da mesma hierarquia e devem ser interpretadas de forma harmônica.

É justamente para hipóteses como essa – denominadas *hard cases* – que a doutrina e jurisprudência construíram a técnica da ponderação de interesses.

A despeito das críticas – que serão oportunamente examinadas – ela tem o inegável mérito de organizar o raciocínio e, principalmente, a argumentação utilizada, fazendo com que o processo de inafastável ruptura do sistema e de disposições normativas válidas, seja realizado com mais sistematização e clareza. Isso representa um ganho no processo argumentativo, na medida em que traz mais-valia à decisão no que diz respeito à sua fundamentação, permitindo maior controle e compreensão de decisões tomadas em situações tão extremas.

Inicialmente, é de se observar que há dois níveis possíveis de análise quando se trata de ponderação: a ponderação em abstrato e a ponderação em concreto ou *ad hoc*<sup>366</sup>.

---

<sup>366</sup> Para um aprofundamento sobre o tema, analisando a evolução da jurisprudência norte – americana no que diz respeito às garantias e liberdades, conceituando e diferenciando amplamente o *categorical definitions*, *definitional balancing* e *ad hoc balancing*, NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.p. 644 e seguintes.



Na ponderação em abstrato o que se pretende é identificar parâmetros que servirão para a solução de colisões sempre que a ponderação for necessária. Serão chamados de parâmetros gerais<sup>367</sup> quando não forem relacionados com qualquer situação de fato e possam ser aplicados na generalidade dos casos, cabendo ao aplicador do direito afastá-los, fundamentadamente, se for o caso. Já os parâmetros particulares são construídos a partir da análise, em tese, de hipóteses em que determinadas normas comumente se contrapõem, considerando-se a experiência cotidiana. Sabendo-se de antemão que esse conflito ocorre corriqueiramente, é possível criar *standards* que orientarão essa ponderação.

Sempre que esses parâmetros não se mostrarem suficientes à solução do caso, deverá o aplicador realizar a ponderação em concreto ou *ad hoc*, considerando todas as características peculiares ao caso e encontrando uma solução específica para a hipótese enfrentada.<sup>368</sup>

Na sistematização da técnica da ponderação é possível identificar-se três etapas<sup>369</sup> a serem percorridas: de identificação dos enunciados normativos e das normas por eles reveladas que se encontram em tensão; de seleção dos aspectos fáticos relevantes; etapa decisória da ponderação.

Importante, contudo, antes de se passar à análise das etapas apontadas, ter em conta que essas etapas aqui propostas de forma sucessiva não representam um raciocínio hermético e linear. Ao contrário, é possível uma atividade de ir e vir na construção do melhor modelo de ponderação. Contudo, para fins didáticos e até mesmo de metodologia, considera-se importante sua organização da forma como proposta.<sup>370</sup>

---

<sup>367</sup> Nos itens anteriores já foram apontados como parâmetros gerais a prevalência das regras sobre os princípios e a prevalência da solução que prestigie a dignidade da pessoa humana. No mesmo sentido BARCELLOS *In Alguns parâmetros...*, cit., p. 67.

<sup>368</sup> Sobre a complementariedade dos dois métodos, assim se manifesta NOVAIS: “Teremos, assim, uma via em que a verificação da observância dos limites aos limites dos direitos fundamentais, e, designadamente, o cada vez mais decisivo controlo de proporcionalidade em sentido lato, apelam a uma justiça do caso concreto, e um outro caminho em que a exigência de fundamentação e estruturação racional e intersubjectivamente acessível das decisões de ponderação confere a devida relevância, não apenas à construção de uma rede de decisões de preferência ou de precedência, como à *standardização* dos procedimentos de controlo em que se manifesta, essencialmente, o apelo à igualdade de aplicação do direito e à estabilidade da ordem jurídica.” NOVAIS, Jorge reis. *As restrições...*, cit., p. 725.

<sup>369</sup> Adotando a mesma sistematização aqui apresentada apenas com alguns acréscimos: BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.p. 91 e seguintes e BARROSO, no texto: *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Organizador Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.p. 346 e seguintes.

<sup>370</sup> No mesmo sentido: “(...) as três fases propostas para o processo ponderativo não são estanques ou incomunicáveis. Acontece aqui, como em toda atividade hermenêutica, o movimento de ir e vir (o ciclo hermenêutico) entre as diferentes premissas, fáticas e normativas, e as possíveis conclusões, até que se

#### 4.2.4.1 – Identificação dos enunciados normativos em tensão

Parece intuitivo que o primeiro passo para a solução de um conflito normativo seja estabelecer com clareza quais os enunciados normativos se encontram envolvidos e devem, portanto, ser tomados em consideração no processo de ponderação. Não se trata, contudo, de operação tão simples.

Inicialmente, há que se avaliar se algum dos critérios tradicionais para a solução de antinomias é suficiente à solução da questão. Apenas se isso não se afigurar possível o processo de ponderação prosseguirá.

Também não se pode olvidar que normalmente haverá vários elementos normativos envolvidos. Para que a ponderação ocorra de uma forma verdadeiramente equilibrada, todos devem ser identificados e isolados. É fácil perceber que, ignorado um dos elementos que deveriam ser considerados, a ponderação há de apresentar equivocadamente um peso relativo proporcionalmente maior ao grupo de normas que se lhe opõe.

Outro aspecto a se considerar é o acolhimento do interesse pelo ordenamento jurídico. É comum que, ao se deparar com uma questão jurídica, os interesses envolvidos estejam mais claramente explicitados que os próprios enunciados normativos. Contudo, esses interesses somente terão relevância se tiverem fundamento no sistema jurídico e puderem ser reconduzidos a enunciados normativos explícitos ou implícitos. Afasta-se assim da discussão os argumentos estranhos ao ordenamento jurídico.<sup>371</sup>

Não se está com essa afirmativa pretendendo a adoção de uma lógica puramente positivista e normativista. Isso porque o sistema jurídico é aberto, composto de princípios e regras, implícitos e explícitos, que já se encontram impregnados e constantemente permeáveis a elementos valorativos. Apenas o que se pretende é que somente integrem o processo de ponderação os interesses, bens e valores que encontrem suporte no ordenamento jurídico.

Preserva-se assim, inclusive, a própria legitimidade do processo ponderativo, evitando que, durante o juízo valorativo, o aplicador do direito invada ilegitimamente a

---

chegue à solução final. Em todo o caso, a necessidade de fundamentação posterior impõe a ordenação do raciocínio.” BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade..., cit., p. 123.

<sup>371</sup> Contudo, a técnica da ponderação não ignora as repercussões fáticas do acolhimento da pretensão do particular, que serão consideradas na segunda fase da ponderação, tratada em seguida.

esfera de atuação dos órgãos eleitos democraticamente, pois a eles caberá selecionar quais os interesses devam ser juridicamente protegidos.

Outra observação importante é que se deve ter em conta a diferença entre norma e enunciado normativo; não se pode confundir o texto – literalmente considerado – com o seu conteúdo normativo.<sup>372</sup>

Por enunciado normativo entende-se o conjunto de signos linguísticos que compõe o dispositivo constitucional ou legal. Em regra, corresponderá ao texto propriamente dito, mas nada impede que haja enunciados normativos implícitos, que decorram do sistema globalmente considerado.

Já a norma corresponde ao comando que dará solução ao caso concreto. Geralmente encontra fundamento em um ou mais enunciados normativos sendo, contudo, possível que seja extraída do sistema como um todo.

Assim, um mesmo enunciado normativo pode dar origem a normas diversas, dependendo das circunstâncias fáticas sobre as quais incida.

No que diz respeito a esta fase da técnica de ponderação, o que se busca identificar é quais são os enunciados normativos em tensão e não as normas. Essa afirmação resulta óbvia quando se tem em conta que o objetivo final da ponderação é justamente extrair a norma aplicável do conjunto de diferentes enunciados que incidam na hipótese.

Embora se reconheça que a expressão “norma” é largamente utilizada tanto para designar o enunciado normativo quanto a norma propriamente dita, a distinção conceitual proposta é de enorme relevância para o tema em estudo, uma vez que traz consequências práticas e não meramente teóricas.

Com efeito, é possível que o intérprete considere uma norma construída de forma isolada e sem levar em consideração todos os enunciados relevantes para a solução

---

<sup>372</sup>Friedrich Müller traz importante e minuciosa análise sobre essa distinção, destacando-se o trecho que segue: “Quando juristas falam e escrevem sobre “a” constituição, referem-se ao texto da constituição; quando falam “da” lei, referem-se ao seu teor literal. Mas um novo enfoque da hermenêutica jurídica desentranhou o fundamental conjunto de fatos [Grundsachverhalt] de uma não-identidade de texto da norma e norma. Entre dois aspectos principais o teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a “ponta do iceberg”. Por um lado, o teor literal serve via de regra à formulação do programa da norma, ao passo que o âmbito da norma normalmente é apenas sugerido como um elemento co-constitutivo da prescrição. Por outro lado a normatividade, pertencente à norma segundo o entendimento veiculado pela tradição, não é produzida por esse mesmo texto. Muito pelo contrário, ela resulta dos dados extralinguísticos de tipo estatal-social: de um funcionamento efetivo, de um reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva desse ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área; portanto, de dados que mesmo se quiséssemos nem poderíamos ser fixados no texto da norma no sentido da garantia de sua pertinência.” *In* Métodos de trabalho do direito constitucional. Traduzido por Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese. 1999, p. 45.

do tema. Se em sua oposição, no processo de ponderação, forem colocados os enunciados em seu nível de generalidade própria, estes ficarão prejudicados em sua análise frente a uma maior especificidade da norma que lhes foi contraposta. Restará, portanto, desequilibrada a ponderação.<sup>373</sup>

Ainda no que diz respeito à primeira fase do processo de ponderação, há outra consideração que deve ser feita. Há hipóteses em que um direito individual parece colidir com o interesse coletivo. Uma análise superficial e equivocada pode conduzir à conclusão de que deveria prevalecer este último. Mas há nesse raciocínio um equívoco, que deve ser compreendido da seguinte maneira: ao contrapor o direito individual ao enunciado que consagra um bem coletivo, se está contrapondo uma norma (o direito do indivíduo) a um enunciado normativo. Na verdade, o que se deve considerar é que o direito do indivíduo está fundado em um enunciado normativo geral, que consagra aquele direito não apenas a um cidadão, mas a todos que estejam em situação equivalente.

Note-se que é exatamente uma hipótese como essa que é o objeto do presente estudo. Ao se imaginar uma situação concreta em que o exercício do direito à moradia adequada por um indivíduo se contrapõe ao direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, é possível que se chegue à conclusão – equivocada – de que este último deveria prevalecer sempre, por corresponder a um interesse coletivo. Contudo, a ponderação que deve ser realizada é entre o direito à moradia e ao ambiente que todos os cidadãos têm, abstratamente considerados, o que reequilibra as forças e remete o intérprete a uma análise mais acurada, conforme demonstrado adiante. Contrapondo-se corretamente os enunciados normativos e não as normas, não será possível determinar-se de antemão a prevalência de nenhum deles apenas pelo fato de um estar individualmente e o outro coletivamente considerado.

Por fim, há uma última consideração a fazer: apontou-se como um parâmetro geral da ponderação – e portanto aplicável à generalidade dos casos – a prevalência das regras sobre os princípios.

---

<sup>373</sup> O desvio fica ainda mais patente quando se admite como antecedente à ponderação, a vontade do intérprete no sentido de que prevaleça uma determinada posição. São aclaradoras as palavras de BARCELLOS: “O intérprete, desejando – conscientemente ou não – fazer prevalecer uma determinada solução, procede da seguinte forma nessa primeira etapa. Para fundamentar a solução que lhe é cara, ele indica uma norma construída de forma isolada a partir de apenas um ou alguns dos enunciados relevantes, sem submetê-los, dessa forma, ao confronto com os demais enunciados pertinentes; para justificar a solução oposta, porém, o intérprete apresenta os enunciados no seu nível de generalidade próprio. Por esse mecanismo, um (ou alguns) dos enunciados “corre por fora” e se apresenta na primeira fase do processo como uma disposição muito mais concreta do que de fato é, e eventualmente com uma estrutura diversa da sua original: em vez de princípio, ele passa a figurar como uma regra, desequilibrando a ponderação.” BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade..., cit., p. 109.

Sem que se pretenda novamente justificar esse parâmetro, o que já se fez no item 4.2.1 para o qual se remete o leitor, cumpre ressaltar que esse será o momento oportuno para a análise desse parâmetro geral<sup>374</sup>. Isso porque já aqui será possível identificar a natureza dos enunciados normativos destacados. Se ficar demonstrado que estão em oposição uma regra e um princípio, resolve-se aqui a questão com a prevalência e aplicação daquela, não se passando à próxima fase do processo de ponderação.

Uma vez determinados os enunciados normativos aplicáveis à espécie, antes de se passar à próxima fase, deverá o intérprete agrupá-los em função da solução que estejam sugerindo. Todos os que indicam uma mesma solução devem formar um conjunto de argumentos, em contraposição ao outro conjunto – ou conjuntos – que se formarem.

#### 4.2.4.2 – Identificação dos fatos relevantes

Superada a primeira etapa, cumpre ao intérprete identificar as circunstâncias concretas relacionadas ao caso em exame e avaliar suas repercussões sobre os elementos normativos apontados na etapa anterior.

Logo, a primeira tarefa que se impõe é identificar quais circunstâncias levam um fato a ser considerado relevante, no sentido aqui referido. A doutrina aponta que há dois fundamentos para tanto: determinado aspecto será considerado relevante se a experiência social assim o considerar ou se houver disposições normativas que autorizem essa conclusão<sup>375</sup>. Importa, contudo, reconhecer que identificar se algo é relevante na experiência social, bem como o real conteúdo de disposições normativas porventura existentes, é tarefa árdua e delicada. Isso porque essas considerações envolvem elementos valorativos e de difícil densificação, exigindo um alto grau de cuidado e fundamentação suficiente<sup>376</sup>.

<sup>374</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade,,, cit., p.p. 237/238.

<sup>375</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade,,, cit., p. 116/117.

<sup>376</sup> Embora se reconheça que muitas vezes o conteúdo da norma posa gerar discussões acerca de seu real alcance, a primeira hipótese se revela ainda mais problemática. Com efeito, a definição daquilo que é relevante de acordo com a experiência social abre margem a grande discricionariedade para o aplicador do direito e gera, por vezes, distorções (o que apenas reforça a necessidade de sistematização do processo de ponderação, a fim de facilitar seu controle). Exemplo interessante e amplamente apontado pela doutrina foi de decisão proferida em processo judicial em que uma famosa atriz pleiteava danos morais por ter uma foto de sua nudez sido publicada, sem autorização, em jornal de ampla circulação. O Tribunal entendeu que não haveria dano moral a reparar – embora tenha reconhecido a necessidade de se reparar o dano material pelo uso não autorizado da imagem – uma vez que se tratava de senhora especialmente bonita e que a exposição de sua nudez não lhe traria sofrimento ou constrangimento algum. Na percepção do órgão julgador somente haveria dano moral se uma mulher feia fosse retratada nessas condições. Conforme se verifica, na ponderação entre a liberdade de imprensa e o direito à honra, o Tribunal considerou que a beleza – ou a feiura – seria um fato socialmente relevante para a configuração do dano moral. Nesse sentido: “Ora, nas circunstâncias do caso concreto, não se percebe de que forma o uso inconsentido da imagem da autora

Uma vez identificados os fatos relevantes à ponderação, ainda nesta fase o intérprete deverá mensurar as repercussões que esses fatos terão sobre as soluções indicadas pelos grupos de elementos normativos designados na fase anterior.

Essas repercussões podem ocorrer essencialmente de duas formas. Em primeiro lugar, os fatos podem atribuir uma maior ou menor relevância para algum dos grupos normativos. É o que ocorreria se, na colisão entre a moradia adequada e o ambiente ecologicamente equilibrado, ficasse demonstrado que a presença humana em determinado ambiente destruiria um habitat essencial à sobrevivência de alguma espécie (animal ou vegetal), e estivesse provado que esse habitat é de rara ocorrência no mundo. Ora, o fato de as condições de vida serem especiais naquele local conduz à conclusão de que sua supressão ou alteração levará à extinção de um *habitat* que tem influência direta na preservação de uma espécie, pois restariam pouquíssimos outros lugares no mundo com condições semelhantes. Esse fato, certamente, torna os elementos normativos que protegem o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado mais relevantes nessa hipótese.

Em outras hipóteses, os fatos relevantes não conferem maior importância a um dos grupos de elementos normativos. Ao revés, indicam o grau de restrição que a escolha de cada uma das possíveis soluções imporá aos elementos normativos em jogo. Se ficar comprovado que a adoção de uma solução causará restrição mínima ao outro grupo, os enunciados normativos por ela indicados terão peso reforçado. Pode-se exemplificar essa hipótese com o caso em que uma família resida em local de interesse ambiental há várias gerações e sua permanência no local está diretamente relacionada com o modo de subsistência dos mesmos. Pode ficar comprovado que as características da moradia, o estilo de vida adotado através do tempo e a forma como sua subsistência é retirada da natureza, bem como o baixíssimo número de pessoas ali residentes, trazem um

---

pode ter-lhe acarretado dor, tristeza, mágoa, sofrimento, vexame, humilhação. Pelo contrário, a exibição do seu belo corpo, do qual ela, com justificada razão, certamente muito se orgulha, naturalmente lhe proporcionou muita alegria, júbilo, contentamento, satisfação, exultação, felicidade, que só não foi completa porque faltou o pagamento do valor a quem tem direito pelo uso inconstitucional da sua imagem. Só mulher feia pode se sentir humilhada, constrangida, vexada em ver o seu corpo desnudo estampado em jornais ou em revistas. As bonitas, não”. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Embargos infringentes nº 0011236-18.1998.8.19.0000, disponível em <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=117549&PageSeq=0>).

Posteriormente, em fase recursal, o Superior Tribunal de Justiça reformou a decisão sob o entendimento de que a beleza ou a feiura da pessoa que tem sua imagem exposta não é um fato socialmente relevante para a violação de seu direito à honra, reconhecendo a existência de dano moral. (Resp 270.730/RJ, disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200000783994&dt\\_publicacao=07/05/2001](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200000783994&dt_publicacao=07/05/2001)).

impacto ambiental insignificante. Esses fatos trarão um peso reforçado aos elementos normativos que apontam pela proteção do direito à moradia adequada.

Por fim, em relação ao que foi dito sobre as repercussões práticas de uma solução em relação à restrição a um dos grupos de elementos normativos, é possível que haja várias soluções possíveis que causarão restrições mais ou menos severas. Na verdade, cada uma dessas soluções corresponde a uma norma ou possibilidade normativa a ser extraída do conjunto de elementos normativos pertinentes ao caso. Em havendo essa possibilidade, cabe ao intérprete cogitar de todas elas, perquirindo se alguma manterá todos os interesses envolvidos em níveis ótimos. Ainda que isso não seja possível, cogitar de todas as possibilidades normativas será importante subsídio para a última etapa da ponderação, especialmente quando se verificará a possibilidade da realização da concordância prática, conforme se verá a seguir.

#### **4.2.4.3 - Etapa decisória**

É possível considerar-se que as etapas anteriormente realizadas são meramente preparatórias a esta. Com efeito, até aqui nada foi solucionado ou ponderado. Contudo, como já se afirmou, são fases importantes para que se implante uma metodologia uniforme e completa, a fim de conferir maior validade e estabilidade ao processo decisório, bem como permitir sua legitimação e verificação posterior.

Todavia, é na terceira etapa que a ponderação irá se distinguir da subsunção. Aqui os diferentes grupos de elementos normativos e a repercussão dos fatos concretos serão examinados de forma conjunta, para que se avaliem os pesos que lhe serão atribuídos. Assim se poderá identificar qual o grupo de elementos normativos deve preponderar e em que proporção. E todo esse processo deve ser orientado pelo princípio instrumental da proporcionalidade.<sup>377</sup> A repercussão dos fatos sobre os grupos de enunciados levará à construção das normas aplicáveis à hipótese, atribuindo-se o peso devido aos variados elementos em disputa.

Aqui, deverá o intérprete estar atento a três diretrizes gerais apontadas pela doutrina: o comprometimento com a capacidade de universalização tanto dos fundamentos empregados quanto da decisão propriamente dita; a busca pela concordância

---

<sup>377</sup> BARROSO, Luís Roberto *et al.* O começo da história..., cit. p. 347.

prática dos enunciados normativos em conflito; o respeito ao núcleo dos direitos e o limite que ele representa à ponderação<sup>378</sup>.

Sobre a *pretensão de universalidade*, ela deve ser compreendida em dois aspectos: quanto aos argumentos utilizados e quanto à decisão final propriamente dita.

Exige-se que o intérprete empregue argumentação universal, acessível e válida a todos. Não se admite que os argumentos – e todo o discurso de uma forma geral – façam sentido apenas para um grupo. Razões exclusivas de grupos parciais não podem servir de fundamento a decisões que se pretendem universais.

No que diz respeito à decisão, a universalidade que se pretende é que seja possível e adequado aplicá-la a situações análogas que se apresentem. E isso deve ser entendido como uma decorrência lógica do princípio da isonomia, uma vez que se espera uma resposta igual àqueles que se encontram nas mesmas situações.

A busca pela *concordância prática* significa que a decisão final deve ser a mais equilibrada possível, no sentido de que deve se restringir o mínimo possível os direitos envolvidos.

Não obstante a grande relevância do afirmado, há que se reconhecer dois aspectos importantes de limitação. Em primeiro lugar, não é possível se medir objetivamente o grau de restrição imposto aos elementos normativos, o que muitas vezes confere um certo grau de subjetividade à concordância prática. Em segundo lugar, a diferença de importância entre os elementos normativos poderá importar até mesmo em impossibilidade de restrição de um deles, dadas determinadas circunstâncias.

E é justamente essa segunda limitação apontada que leva à reflexão de que haverá hipóteses nas quais, mesmo percorrido todo o caminho da ponderação, se chegará à conclusão de que não poderá incidir naquele caso um enunciado válido e pertinente. Obviamente, a não incidência completa é uma situação de ruptura, que deve ser evitada.

A terceira diretriz apontada durante essa fase de ponderação é o respeito ao *núcleo ou conteúdo essencial* dos direitos. Embora não se tenha a pretensão de analisar o tema a fundo<sup>379</sup> – o que fugiria ao objetivo do presente – é importante uma análise, ainda que perfunctória, do conceito de núcleo essencial dos direitos fundamentais.

---

<sup>378</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade,,, cit., p.p. 123/146.

<sup>379</sup> Para um estudo mais aprofundado sobre o tema, BIAGI, Cláudia Perotto. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional Brasileira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editora, 2005



Define-se por núcleo essencial de um direito (*Wesensgehalt*) a sua parcela mínima que não pode ser objeto de restrição pelo Estado<sup>380</sup>.

Essa garantia está positivada na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>381</sup> e também foi inserida em inúmeras Constituições nacionais, revelando a prática dos Estados a esse respeito<sup>382</sup>.

Na busca por delimitar o objeto de proteção do núcleo essencial do direito, duas teorias se formaram: a objetiva e a subjetiva.

Os que adotam a teoria objetiva sustentam que o objeto do núcleo essencial seria a norma jurídica e não o direito em si. Este último poderia ser suprimido desde que aquela permanecesse válida e vigente.

A crítica formulada a esse posicionamento é de que isso esvaziaria de conteúdo o núcleo essencial, que não ofereceria nenhuma garantia adicional se comparado às cláusulas pétreas.

Para aqueles que sustentam a teoria subjetiva, o objeto do núcleo essencial seria o direito subjetivo. Assim, a limitação ao direito humano deverá ser analisada em relação ao seu titular.

Em objeção a essa teoria, argumenta-se que em algumas hipóteses o direito é totalmente suprimido. Como exemplo, pode-se indicar a supressão da liberdade pelas penas privativas desta, em decorrência da prática de crimes.

---

<sup>380</sup> Essa é a posição de LOPES, que faz análise histórica do instituto e fornece os conceitos nas teorias de Smend, Düring e Häberle na obra: A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 41, n. 164, out-dez 2004, pp. 7 a 16.

<sup>381</sup> O artigo 52, sob a rubrica “Âmbito dos Direitos Garantidos”, assim estabelece: “1. Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros.” Disponível em [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)

<sup>382</sup> A título de exemplo, a Constituição portuguesa dispõe: “Art 18.3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.” Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Previsão semelhante é trazida na Constituição Alemã: “Art. 19.2. In no case may the essence of a basic right be affected.” Disponível em

[https://www.constituteproject.org/constitution/German\\_Federal\\_Republic\\_2014?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2014?lang=en). Por fim, veja-se a previsão da Constituição Espanhola: “Art. 53.1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a.” Disponível em <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>

Levando-se em consideração o peso e o acerto das críticas oferecidas a ambas as teorias, melhor parece a posição de SGARBOSSA, que sustenta a conjugação de ambas<sup>383</sup>.

Afirma-se, também, que a proteção ao núcleo essencial é aplicável tanto aos direitos de defesa, quanto aos direitos a prestações positivas<sup>384</sup>.

Ainda sobre o tema, indaga-se se o núcleo essencial seria um valor em si mesmo, ou se dependeria do confronto com outros direitos para ser delimitado.

Para a *teoria absoluta* – também denominada de teoria do núcleo duro - o conteúdo mínimo de um direito seria delimitado abstratamente, tratando-se de um valor absoluto e intangível, não sendo possível sua restrição ou relativização em nenhuma circunstância.

A essa teoria são dirigidas duas críticas principais. Em primeiro lugar, a definição abstrata do conteúdo mínimo dos direitos não está pronta em nenhum lugar, devendo-se considerar uma ficção imaginar que o intérprete possa conhecê-la antecipadamente. Além disso, a existência de um núcleo duro determinado abstratamente esvaziaria de importância os elementos do direito localizados fora dele.

Já para a *teoria relativa* – ou teoria do núcleo flexível, não é possível determinar abstratamente o núcleo essencial de um direito, já que ele será construído a partir do caso concreto. Somente após uma ponderação com outros direitos e princípios que estejam em conflito, o seu conteúdo restará fixado.

A principal crítica que se faz a essa teoria é a de que ela eliminaria de fato a proteção que o núcleo essencial deveria assegurar, uma vez que transfere à própria ponderação a sua definição, quando este deveria na verdade funcionar como limite a ela.

Aqui, mais uma vez, a solução intermediária parece ser a mais adequada. Isso porque, se é verdade que reconhecer a teoria relativa como inteiramente válida é esvaziar quase completamente a garantia oferecida pelo conteúdo essencial do direito, não é menos verdade que a adoção integral da teoria absoluta criaria conceitos rígidos e descolados da realidade, que é sempre dinâmica. Ademais, parece mesmo impossível – e também

---

<sup>383</sup> Essa é a lição do autor: “Sustenta-se aqui, portanto, a conjugação das teorias objetiva e subjetiva, tendo em vista que não faz sentido a manutenção de uma garantia institucional, meramente objetiva, intangível em seu núcleo, cuja dimensão subjetiva seja franqueada, ainda que motivadamente, mesmo em sua essência. Tal interpretação é, em nosso juízo, insubsistente em face da teleologia do instituto jurídico dos direitos fundamentais: objetivando à concreta proteção da pessoa, nada significa sua dimensão objetiva dissociada da dimensão subjetiva. A pretensão de tal dissociação é insubsistente do ponto de vista de uma teoria jusfundamental coerente e consistente.” Do Estado - Providência ao Mercado-Providência: Direitos sob a “Reserva do Possível” em Tempos de Globalização Neoliberal, pp. 196 - 197.

<sup>384</sup> SGARBOSSA, Do Estado..., p. 197.

inadequado – que se construa um padrão prévio que vislumbre todos os elementos relevantes à delimitação do núcleo essencial.

A solução intermediária proposta, admite a criação de *standards* através de reflexões doutrinárias e jurisprudenciais, construindo o conteúdo essencial de cada direito. Contudo, o resultado dessa construção estará sempre inacabado, devendo ser constantemente revisitado e aperfeiçoado, considerando-se o caráter histórico e evolutivo dos direitos fundamentais<sup>385</sup>. Cria-se assim um núcleo suficientemente flexível para não engessar o conceito; mas, ao mesmo tempo, suficientemente consistente a fim de evitar atuações abusivas aos direitos fundamentais.<sup>386</sup> Note-se que essa posição está de acordo com o conteúdo do já citado artigo 52 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

Por fim, já analisadas as diretrizes que devem ser seguidas na etapa decisória, há duas últimas considerações a fazer. Já se teve a oportunidade de afirmar que os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana devem ser os fios condutores de todo o processo de ponderação de interesses. Com mais razão, na etapa decisória sua influência se fará sentir com mais força.

Assim, aqui será o momento adequado para a aplicação daquele que foi indicado como o segundo parâmetro geral da técnica de ponderação de interesses: a prevalência da solução que melhor atenda ao princípio da dignidade da pessoa humana. Note-se que esse controle incide sobre as normas produzidas para o caso em estudo, razão pela qual apenas pode ser levado a cabo nessa fase do processo de ponderação.

Encontrada finalmente a norma jurídica aplicável ao caso, fruto do processo de ponderação, certo é que ela deverá necessariamente estar em consonância com todo o ordenamento jurídico, resistindo também ao teste de proporcionalidade. Nesse sentido,

---

<sup>385</sup> É interessante a análise de MIRANDA acerca desse aspecto: “(...) o que importa é ir fixando o percurso dos direitos, através do conhecimento de sua formação histórica, do cotejo comparativo, da experiência jurisprudencial, da proteção penal, e depois subir até a um sentido rigoroso na arquitetura da Constituição. Pode, acaso, a lei não retirar toda a utilidade ao direito e, não obstante, afectar o seu conteúdo essencial, por subverter ou inverter o valor constitucional. O conteúdo essencial tem de ser radicar na Constituição e não na lei.” (Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, tomo I, Coimbra Editora, 2005, pag. 163.)

<sup>386</sup> É nesse sentido que BARCELLOS afirma que “É perfeitamente possível e desejável, por meio da reflexão abstrata e/ou do estudo e da tabulação dos precedentes judiciais, que a doutrina se ocupe de construir os sentidos próprios de cada direito, propondo parâmetros ou *standards* específicos, capazes de identificar o que deve ser considerado como prerrogativa essencial de cada direito, o que pode sofrer restrição, em que circunstâncias isso pode acontecer, dentre outros elementos necessários para a compreensão mais precisa dos direitos. Esse esforço hermenêutico contínuo não produzirá um núcleo duro nem permanente ou não – histórico, mas fornecerá um núcleo suficientemente consistente para funcionar como limite à atuação do intérprete e proteger em alguma medida os direitos fundamentais de ações arbitrárias e abusivas.” BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade,,, cit., p. 145.

são lapidares as palavras de NOVAIS, que se pede vênia para transcrever: “Apurada que esteja, mediante ponderação de bens em colisão, a justificação da cedência de um bem protegido pelo direito fundamental, importa, depois, verificar a validade constitucional da medida restritiva consequentemente emitida e fazer esse controlo em função, entre outros requisitos, da sua proporcionalidade.”<sup>387</sup>

Assim, resumidamente, após o percurso de todas as etapas do processo de ponderação e concluindo o intérprete que a hipótese deve levar à restrição de um dos direitos fundamentais em colisão, a solução produzida deve prestigiar a solução que melhor atenda à dignidade da pessoa humana, bem como resistir ao teste da proporcionalidade em seu triplo aspecto – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – para que seja considerada idônea.<sup>388</sup>

#### 4.2.5 – Críticas à ponderação de interesses

A propósito da técnica de ponderação, abundantes são as críticas especialmente quando se trata de restrições a direitos fundamentais previstos constitucionalmente e das hipóteses de ponderação de interesses *ad hoc*.

Algumas dessas críticas são dirigidas à técnica em si e outras à forma como ela é praticada pelos tribunais.

Não obstante estejam todas elas interligadas, as objeções à técnica em estudo podem ser agrupadas em função de três argumentos principais que as sustentam: o esvaziamento dos direitos fundamentais, que passariam a ser submetidos ao crivo do Poder Judiciário para sua integral efetivação; a inconsistência metodológica, notadamente em razão da inexistência de um padrão que balize os pesos atribuídos a cada direito; violação à separação de poderes, uma vez que o Poder Judiciário discutiria os bens e valores jurídicos que seriam prestigiados na ponderação, tarefa que seria reservada ao Poder Legislativo.

Antes, contudo, de analisá-las mais detidamente, importa desde já reconhecer que as críticas formuladas são em parte procedentes. Contudo, conforme se verá, daí não decorre a rejeição ao método proposto – considerando a inexistência de solução mais

<sup>387</sup> NOVAIS, Jorge Reis. As restrições..., cit., p. 754.

<sup>388</sup> Nesse sentido, SARMENTO: “O uso do princípio da proporcionalidade, em sua tríplice dimensão, para a aferição da validade da compreensão de cada um dos interesses constitucionais em jogo, bem como a adoção do princípio da dignidade da pessoa humana como diretriz substancial das ponderações, diminuem a carga de subjetividade inerente ao processo em questão, tornando-o mais seguro e controlável.” *In A ponderação...*, cit., p. 146.

satisfatória – mas, antes, devem elas ser aproveitadas como vetores indicativos dos aspectos que devem ser aprimorados na técnica da ponderação.

#### **4.2.5.1 – A ponderação de interesses como instrumento de enfraquecimento dos direitos fundamentais**

O primeiro grupo de críticas ao método da ponderação de interesses que se pretende aqui enfrentar são aquelas que tem como principal argumento a alegação de que os direitos fundamentais ficariam injustificadamente enfraquecidos na medida em que o Poder Judiciário poderia lhe impor restrições não autorizadas pela Constituição.

A própria realização dos direitos ficaria, dessa forma, submetida ao crivo judicial, como se todo o direito fundamental previsto pela Constituição contivesse uma cláusula implícita no sentido de que ele estaria garantido desde que o Poder Judiciário não considere que é o caso de restringi-lo.

É possível considerar que o juiz Hugo Black, da Suprema Corte norte americana, foi ao mesmo tempo um dos precursores e grande expoente entre os que compartilham dessa posição. Nesse sentido, proferiu repetidos votos insurgindo-se contra a jurisprudência que permitia restrições à liberdade de comunicação e expressão garantidas pela primeira emenda<sup>389</sup> através de sua ponderação com algum interesse público relevante.<sup>390</sup>

Inicialmente, não se pode negar que no caso de colisão, alguma parcela dos direitos envolvidos ficará enfraquecida. Entretanto, trata-se de imposição circunstancial para a qual não se reconhece solução mais adequada.

As normas constitucionais possuem natureza aberta e não dispõem de um campo de incidência rigorosamente delimitado. A necessidade de manutenção da coesão

---

<sup>389</sup> “AMENDMENT I: Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.” Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/United\\_States\\_of\\_America\\_1992?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/United_States_of_America_1992?lang=en).

<sup>390</sup> É o que se vê, por exemplo, em seu voto divergente proferido no julgamento *Barenblatt vs. USA*, onde se discutia o direito ao silêncio de uma testemunha em confronto com o interesse nacional em investigar propaganda “anti-americana”, nos seguintes termos: “*I do not agree that laws directly abridging First Amendment freedoms can be justified by a congressional or judicial balancing process. (...) To apply the Court's balancing test under such circumstances is to read the First Amendment to say "Congress shall pass no law abridging freedom of speech, press, assembly and petition, unless Congress and the Supreme Court reach the joint conclusion that, on balance, the interest of the Government in stifling these freedoms is greater than the interest of the people in having them exercised."* This is closely akin to the notion that neither the First Amendment nor any other provision of the Bill of Rights should be enforced unless the Court believes it is reasonable to do so.” Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/360/109/case.html>.

e coerência do ordenamento jurídico, onde coexistem diversos direitos fundamentais e princípios, torna a ponderação um imperativo; a melhor das saídas entre as existentes para a solução dos *hard cases*, que são uma realidade fática que não se pode negar ou ignorar.

Admitir-se o contrário seria resolver a questão através de um escalonamento prévio - e por vezes sem suporte constitucional – entre os direitos envolvidos. Isso sim esvaziaria o conteúdo dos direitos considerados, *a priori*, hierarquicamente inferiores.

Por fim, conforme já exposto, a adoção da dignidade da pessoa humana como princípio norteador da solução a ser encontrada através do método da ponderação, reduz significativamente o risco de esvaziamento do conteúdo dos direitos fundamentais envolvidos.

#### **4.2.5.2 – A suposta inconsistência metodológica da ponderação**

O segundo grupo de críticas à técnica da ponderação está intimamente relacionado com a falta de segurança jurídica trazida pela ponderação, uma vez que é deixada ao julgador uma margem significativa de discricionariedade e subjetivismo.

É preciso reconhecer que as objeções apresentadas possuem fundamento. O método da ponderação deixa margem à discricionariedade judicial, com evidente prejuízo à segurança jurídica, na medida em que se preocupa com a realização de justiça.<sup>391</sup>

E é justamente o reconhecimento dessa debilidade que faz relevar a necessidade de aprimoramento da técnica, no intuito de garantir a eficiência em seu controle.

Nesse sentido, a identificação de um procedimento pré-definido (conforme feito no item 4.2.4 onde se sugeriu uma abordagem trifásica) permite a redução da margem de discricionariedade, bem como sua verificação *a posteriori*.

Igualmente, é possível considerar que nessa técnica decisória a exigência de fundamentação se encontra aumentada, permitindo um maior controle externo e evitando decisões motivadas por escolhas puramente subjetivas.

Ademais, deve-se admitir que toda a aplicação do Direito está condicionada a certo grau de discricionariedade. Há muito já foi abandonada a ideia de um juízo absolutamente neutro a aplicar mecanicamente as leis. Essa afirmação ganha ainda mais força no plano constitucional, onde as normas são em regra abertas e carregadas de forte

---

<sup>391</sup> Sobre a relação entre segurança jurídica e realização de justiça, a fim de evitar repetições desnecessárias, remete-se o leitor para o item 4.2.1 onde o tema foi abordado ao se tratar da distinção entre princípios e regras.

componente político. Assim, a discricionariedade é inerente a toda decisão judicial, não havendo disponível um método mais adequado para a solução dos chamados *hard cases*.

Em razão disso, o que verdadeiramente importa é verificar se a decisão foi obtida através da ponderação com base em parâmetros tão objetivos quanto possível, impedindo que o procedimento todo se converta em avaliação subjetiva do julgador.<sup>392</sup>

Como um último aspecto, não se pode olvidar que há uma tendência de incremento à segurança jurídica na medida em que a jurisprudência evolui no que diz respeito à ponderação de interesses. Como já se viu, as decisões devem possuir o que se chamou de *pretensão de universalidade*. Assim, à medida que novos casos vão sendo decididos, soluções vão sendo cristalizadas e padronizadas, gerando maior estabilidade e segurança jurídicas.

#### 4.2.5.3 – Ponderação de interesses e separação de poderes

O último dos principais argumentos críticos à ponderação de interesses é a falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário, que invadiria função típica do poder legislativo ao apreciar questões que estariam a este último reservadas.

De início esclarece-se que a teoria da ponderação de interesses pressupõe a inexistência de regra legislativa específica que solucione o conflito entre os elementos normativos constitucionais. Caso já tenha o legislador realizado a ponderação de interesses para aquela hipótese específica, fica o aplicador do direito impedido de ponderar, sob pena de violação à separação de poderes.<sup>393</sup>

Mas ainda quando não haja nenhuma regra específica solucionando a colisão de direitos, argumenta-se que a técnica da ponderação transformaria a aplicação do direito em um novo processo político, onde vantagens e desvantagens seriam livremente

---

<sup>392</sup> No mesmo sentido, NOVAIS: “Porém, o alcance dessa crítica deve ser relativizado, na medida em que se tenha em conta que a impossibilidade de chegar, aqui, a decisões jurídicas consensualmente obtidas e de vinculatividade jurídica racional e intersubjectivamente comprovável não é exclusiva do recurso à ponderação de bens; ela é sim, co-natural aos sistemas normativos e persiste, ineliminavelmente, qualquer que seja a metodologia jurídica a que se recorra. (...) Ora, assente a inevitabilidade de recurso a essa metodologia, tudo residirá em saber se é ou não possível deduzir da Constituição critérios e parâmetros de valoração objetivos que, vinculando os resultados da ponderação, a tornem verificável, previsível e escrutinável e que impeçam que esse procedimento se converta em decisão valorativa subjectiva e irrefutável do julgador.” As restrições..., cit., p. 698.

<sup>393</sup> Restará nesses casos eventual controle de constitucionalidade da regra por suposta violação ao princípio da razoabilidade (o que não se confunde com a ponderação aqui estudada), que deverá sempre ser realizada com redobrada cautela para evitar que o julgador imponha suas opções políticas aos demais órgão com legitimação para fazê-lo.

avaliadas pelo órgão julgador, em atividade reservada aos Poderes Executivo e Legislativo.

Essa crítica, contudo, não parece analisar com a necessária profundidade o fenômeno constitucional contemporâneo. Partindo-se da premissa de que a Constituição não fornece quaisquer critérios para a solução desse conflito, só há duas conclusões possíveis: ou se entende que esse silêncio significa uma proibição absoluta de quaisquer restrições a direitos fundamentais, ou se entende que essa tarefa foi remetida aos poderes constituídos.

Considerando que a realidade impõe que na hipótese de colisão real entre direitos fundamentais ao menos um deles seja comprimido (caso contrário não seria nem mesmo necessária a ponderação), a conclusão lógica é a de que se trata de atribuição conferida aos poderes constituídos: executivo, legislativo e judiciário.

Compreender que a ponderação realizada pelo judiciário seria invasiva da atividade do legislador decorre de uma compreensão inadequada da relação entre o princípio democrático e o princípio do Estado de Direito. É justamente a possibilidade de um controle jurisdicional pautado em parâmetros constitucionais que confere aos direitos fundamentais a garantia do reconhecimento de sua efetividade e vinculação de todas as entidades públicas. É, portanto, fazendo do poder judicial o guardião independente dos direitos fundamentais que se completa e concretiza o Estado de Direito.

Admitindo-se que o controle judicial dos juízos de ponderação por parte da justiça constitucional é um corolário do Estado de Direito, conclui-se que ele está de acordo com a repartição de competências.<sup>394</sup>

Em outras palavras, é dizer que o princípio da separação de poderes não pode mais ser compreendido no sentido absoluto que lhe era emprestado pela doutrina liberalista. O Estado social, dotado de tarefas muito mais extensas e complexas, demanda o redimensionamento da função jurisdicional a fim de que o cidadão possa ser protegido e ter seus direitos fundamentais preservados, diante de arbítrios praticados pelo próprio poder público.<sup>395</sup> Só assim restará garantido o Estado Democrático de Direito.

Por fim, a título de conclusão ao trato das críticas que são direcionadas ao tema em estudo, reforça-se a ideia de que alguma parcela delas é procedente e merece grande atenção e cautela. Contudo, daí não se deve concluir pela imprestabilidade da técnica, segundo o que aqui se sustenta. Diante da circunstância fática de que os conflitos

---

<sup>394</sup> C.f NOVAIS, Jorge Reis. As restrições..., cit., p.p. 697/698.

<sup>395</sup> SARMENTO, Daniel. A ponderação..., cit. p. 149.



existem e a eles deve ser apresentada alguma solução, não se vislumbra outra técnica capaz de substituir com vantagens a ponderação.

Assim, ante a inafastável necessidade de empregá-la, a principal função das críticas é apontar as fragilidades e indicar os caminhos que devem ser percorridos pela doutrina e jurisprudência no sentido de aprimorar a técnica da ponderação de interesses. “Não há [, portanto,] que lamentar as debilidades de um procedimento que é inevitável, mas antes que procurar racionalizar progressivamente sua utilização”.<sup>396</sup>

Analizadas essas questões, passa-se à análise da colisão entre o direito à moradia adequada e ao ambiente ecologicamente equilibrado nas hipóteses de remoções forçadas.

### **4.3 – Critérios jurídicos para a solução das hipóteses de colisão entre os princípios constitucionais da moradia adequada e do ambiente ecologicamente equilibrado.**

Chega-se agora ao ponto central: uma vez delineados os direitos à moradia adequada e ao ambiente ecologicamente equilibrado – do que se cuidou nos capítulos 1 e 2 – bem como a figura das remoções forçadas – no capítulo 3 – importa identificar quais os critérios juridicamente relevantes à solução das hipóteses em que o poder público pretende a remoção de um ou mais imóveis destinados à moradia com fundamento em questões ambientais.

Inicialmente, há que se considerar que na maioria das hipóteses concretas não estarão envolvidos apenas os direitos citados. A complexidade social que costuma envolver questões dessa natureza traz, via de regra, inúmeros outros direitos e aspectos que merecem a atenção do operador do direito. Contudo, aqui se buscará tanto quanto possível, isolar os argumentos relacionados à moradia e ao ambiente ecologicamente equilibrado, com o intuito de analisar o fenômeno da colisão entre ambos, bem como atingir o objetivo de identificar argumentos e soluções com o máximo grau de universalidade.

Importante aqui destacar, ainda que de forma bastante perfunctória, as principais conclusões a que se chegou nos capítulos anteriores acerca dos direitos em estudo.

---

<sup>396</sup> NOVAIS, Jorge Reis. As restrições..., cit., p. 722.

O direito à moradia adequada é um direito fundamental social que garante a ocupação de um lugar, com habitualidade, para os fins de habitação. Está relacionado íntima e diretamente com a dignidade da pessoa humana e com outros direitos fundamentais correlatos, que dependem da existência de um local adequado à moradia para se desenvolverem. Assim, deve a moradia ser dotada das seguintes características: segurança legal da posse; disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura; economicidade; habitabilidade; acessibilidade; localização adequada; e adequação cultural.

Embora tal posicionamento não seja pacífico – conforme anteriormente exposto – considera-se que o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental. Intimamente ligado ao direito à vida – seja no que diz respeito à sua existência ou ao seu aspecto qualitativo – estando, portanto, intimamente vinculado à dignidade da pessoa humana.

Igualmente de forma majoritária, entende-se que o direito ambiental é um ramo autônomo do direito, dotado de princípios e regras que têm por objetivo a tutela da sanidade do ambiente e a garantia de sustentabilidade para a presente e futuras gerações. De especial relevo para o presente são os princípios relacionados às questões ambientais, que constituem poderosas ferramentas na solução de questões que envolvam a colisão do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado com qualquer outro princípio constitucional.

Das características estudadas, é possível identificar alguns pontos de aproximação entre os direitos em estudo, senão veja-se: ambos possuem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana; podem ser considerados interdependentes e complementares, na medida em que se espera o cumprimento da função social e ambiental da posse e da propriedade; são os dois considerados direitos sociais<sup>397</sup>; possuem assento no direito constitucional e nas normas de direito internacional.

É possível se afirmar a existência de princípios constitucionais que obrigam o respeito à moradia adequada e ao ambiente ecologicamente equilibrado<sup>398</sup>; igualmente,

---

<sup>397</sup> Observe-se que é comum a classificação do direito à moradia como direito de 2ª geração e do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado como de 3ª geração. C.f. NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Método, 2009, 3 ed., 362/364. Contudo, ela não foi aqui adotada uma vez que a terminologia empregada pode induzir o intérprete à ideia de que seriam eles sucessivos e excludentes ou que haveria alguma espécie de hierarquia entre os mesmos, com o que não se concorda.

<sup>398</sup> Neste ponto remete-se o leitor ao item 4.2.1 a fim de evitar repetições desnecessárias.

já ficou consignado que se considera possível a ocorrência de colisão entre os princípios citados. As hipóteses mais comuns de tensão entre os dois princípios ocorrem em ambiente urbano, quando se pretende a remoção de uma ou várias pessoas com fundamento em questões ambientais. Contudo, ainda que se conheça o risco de investigar um universo mais amplo, a análise completa dos aspectos constitucionais ligados à questão não permite que o objeto do presente fique adstrito a essa hipótese.

Em razão disso, na oportunidade em que se delimitou o objeto do presente estudo, restou consignado que todas as hipóteses de colisão de princípios que envolvam os três elementos – moradia, ambiente ecologicamente equilibrado e remoções forçadas – estariam aqui compreendidas.

Feitas essas considerações, muito embora já se tenha adiantado a posição adotada, a primeira questão que se coloca é se seria possível a colisão entre o direito à moradia adequada e ao ambiente ecologicamente equilibrado. Partindo da premissa de que a posse ou a propriedade devem sempre exercer a função ambiental e que as áreas de interesse ambiental estão juridicamente protegidas, SANTIAGO nega a própria existência do conflito e afirma que a ocupação dessas áreas – ainda que para fins de moradia – deve ser considerada ato ilícito.<sup>399</sup> Essa tese encontra até mesmo respaldo jurisprudencial.<sup>400</sup>

Há também dois aspectos importantes que já mereceram análise no item 4.2.1 e que precisam ser aqui contextualizados. Nas hipóteses em que houver regra impedindo a ocupação (o que se verificará preferencialmente por Lei), não é possível se cogitar de ponderação com um princípio constitucional. Trata-se da aplicação do parâmetro geral de prevalência das regras sobre os princípios. Mas isso não impede que se syndique a constitucionalidade dessa norma aplicada ao caso concreto. O outro aspecto a se destacar

---

<sup>399</sup> SANTIAGO, alex Fernandes. ¿Colisión entre derechos fundamentales?: El derecho a la vivienda y el derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado. Ocupación de áreas protegidas. Org. Néstor A. Cafferatta. Summa ambiental. Doctrina - Legislación - Jurisprudencia, v. 2, 1ªed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011, p. 666.

<sup>400</sup> Embora se reconheça tratar-se de entendimento amplamente minoritário, é possível encontrar essa argumentação em alguns julgados, veja-se: “Não há conflito entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente; isto porque o direito à moradia há de ser exercido sem o sacrifício da natureza, que beneficia também, e principalmente, as pessoas de baixa renda. Sem fugir ao truísmo, o art. 225 da CF/1988 (LGL\1988\3) estabelece que a preservação da natureza é dever de todos, e isso inclui a população menos favorecida, uma vez que a dificuldade econômica não confere direito à destruição da natureza” (TJSP, Voto do Relator Torres de Carvalho na Apelação Cível nº 0357951-64.2009.8.26.0000, Câmara Especial de Meio Ambiente, 08.04.2010). disponível em [https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=4422254&cdForo=0&uuiidCaptcha=sajcaptcha\\_22e48322a7d748899158b06c03ed9d10&v1Captcha=FmVV&novoV1Captcha=](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=4422254&cdForo=0&uuiidCaptcha=sajcaptcha_22e48322a7d748899158b06c03ed9d10&v1Captcha=FmVV&novoV1Captcha=). Acesso em 25/01/2018.

é que já se teve a oportunidade de consignar que, excepcionalmente, é possível a ponderação de regras, desde que preenchidos alguns requisitos<sup>401</sup>.

Superadas essas duas observações, não se pode admitir a negação da existência de conflitos entre moradia e ambiente ecologicamente equilibrado, taxando de ilícita qualquer moradia que de alguma forma vulnere normas ambientais. Lembre-se que já foi aqui sustentado que função social e ambiental da propriedade (como também da posse) não se confundem<sup>402</sup>. Como consequência, é perfeitamente possível – e até mesmo comum – que o exercício legítimo de um desses direitos importe em restrição ao outro, havendo inclusive amplo reconhecimento jurisprudencial acerca desse fenômeno<sup>403</sup>. Trata-se não apenas de uma conclusão científica mas, antes, uma imposição da realidade.

Verificada a antinomia, o princípio da unidade da constituição impõe que se tente prioritariamente a harmonização dos princípios, o que não se confunde com a ponderação. “Ponderar princípios significa sopesar a fim de se decidir qual dos princípios, num caso concreto, tem maior peso ou valor (...). Harmonizar princípios equivale a uma contemporização ou transação entre princípios de forma a assegurar, nesse caso concreto, a aplicação coexistente dos princípios em conflito.”<sup>404</sup>

Identificada a possibilidade de harmonização dos princípios – nos casos em que a antinomia é apenas aparente – caberá ao aplicador do direito realizá-la, solucionando inteiramente a questão.<sup>405</sup>

Imprescindível, então, que se faça aqui uma advertência. É possível que a remoção forçada fundada em questões ambientais seja realizada dentro da mais completa

<sup>401</sup> Apontou-se no item 4.2.1, como requisitos para a ponderação de regras, a violação da equidade e incidência da teoria da imprevisão.

<sup>402</sup> Conferir o exposto no item 2.4 a fim de evitar repetições.

<sup>403</sup> A título de exemplo, nesse sentido manifestou-se expressamente o Superior Tribunal de Justiça no REsp 1240915. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=moradia-e+colis%E3o+e+ambiente&processo=1240915.NUM.&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 25/04/2018.

<sup>404</sup> CANOTILHO, J.J. GOMES, Direito Constitucional..., cit., p. 1241.

<sup>405</sup> Foi como decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo: “EMENTA: Apelação – Ambiental – Ocupação irregular de APP – Sentença que condena o apelante a se abster de atividades danosas e reparar o dano, inclusive com a demolição de residência existente no local – Matéria fática incontroversa – Questão que se resolve, no entanto, parcialmente em prol do apelante – **Diante do conflito entre os direitos fundamentais ao meio ambiente e à moradia, deve-se adotar a solução que promova a maior eficácia possível de ambos – Aplicação do princípio da concordância prática ou harmonização** – Sentença parcialmente reformada, para excluir a ordem de demolição da residência, mantidas as demais providências de conservação e reparação ambiental – Apelo parcialmente provido.” (grifo nosso) Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Matéria Ambiental. Apelação N. 0004414-75.2011.8.26.0642. Relator Desembargador Souza Nery. São Paulo, SP, 24 de Outubro de 2013. Disponível em [https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=7128411&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_bae338c1d26845119e8a37a8dbd898d2&vlCaptcha=ueS&novoVICaptcha=](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=7128411&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_bae338c1d26845119e8a37a8dbd898d2&vlCaptcha=ueS&novoVICaptcha=). Acesso em 25/04/18.

constitucionalidade, transferindo-se os moradores para local adequado e que seja inteiramente dotado dos equipamentos necessários à realização do direito à moradia em níveis iguais ou superiores aos que se verificavam na área anteriormente ocupada.

Essa hipótese representará um exemplo de harmonização – e não de colisão – entre os direitos em estudo, já que não foi necessária nenhuma compressão de seus conteúdos na solução adotada.

Contudo, não raras vezes a harmonização não será possível<sup>406</sup>. Os direitos fundamentais sempre deverão ser compatibilizados com outros bens, interesses ou valores igualmente dignos de proteção. Conforme já destacado, o direito à moradia adequada e o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado são direitos fundamentais e, como tal, condicionados a uma reserva geral de compatibilização com outros bens que o Estado deve tutelar e a cuja realização se encontra vinculado. E essa compatibilização, em maior ou menor medida, se faz através da ponderação.<sup>407</sup>

Embora a restrição, ainda que parcial, de qualquer direito fundamental não seja o resultado desejável, a melhor forma de realizar a mencionada compatibilização com os demais ditames constitucionais é através da ponderação. CANOTILHO enumera três razões pelas quais o método apontado se revela o mais adequado: a inexistência de ordenação valorativa abstrata dos bens constitucionalmente protegidos torna necessária a adoção de um método capaz de produzir uma norma adequada a cada caso concreto; a formatação predominantemente “princípial” das normas consagradoras de direitos fundamentais exige a adoção de método elaborado à feição para a solução de conflitos entre princípios; a pluralidade de valores em uma comunidade exige análise individualizada e cuidadosa dos bens com suficiente fundamentação.<sup>408</sup>

Assim, à míngua de uma solução que possa conferir total efetividade aos dois direitos em estudo, há que se comprimir, ainda que parcialmente, parte deles. Não se trata, contudo, de mera declaração de limites já existentes e previamente determinados. Caberá ao operador do direito a tarefa de selecionar, entre as várias soluções possíveis, “o se, o

---

<sup>406</sup> Não se concorda com FITTIPALDI, para quem a harmonização entre moradia e ambiente ecologicamente equilibrado seria sempre possível: “Sob a ótica do direito à cidade, moradia e meio ambiente são direitos totalmente complementares, não subsistindo qualquer conflito entre eles, uma vez que o Poder Público deve garanti-los, simultaneamente, no espaço urbano” FITTIPALDI, Mariana. A judicialização do conflito entre o direito ao meio ambiente e o direito à moradia nas cidades: uma análise das decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro sob a perspectiva do direito à cidade. In Congresso Internacional de Direito Ambiental (10.: 2006 : São Paulo, SP) - International Conference on Environmental Law. Direitos humanos e meio ambiente - Human rights and the environment / org. Antonio Herman Benjamin. São Paulo : Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006, p. 750.

<sup>407</sup> NOVAIS, Jorge Reis. As restrições..., cit. p. 570.

<sup>408</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional..., cit. p. 1237.

como e o quando” da eventual restrição aos direitos fundamentais.<sup>409</sup> Ademais, conforme adverte ALEXY<sup>410</sup>, a adoção da teoria dos princípios e da técnica da colisão é a forma de maximizar os seus efeitos e restringi-los o mínimo possível.

Essas são as razões pelas quais se reafirma ser o método da ponderação a melhor das soluções para resolver as hipóteses de colisão entre o direito à moradia adequada e o ambiente ecologicamente equilibrado.

Também é importante que se reafirme a posição de que inexistente hierarquia abstrata entre os princípios constitucionais. A prevalência de um ou outro dependerá da análise casuística.<sup>411</sup>

Não faltam, contudo, vozes dissonantes a esse respeito. Apresentando a proporcionalidade como fundamento, HENKES sustenta que o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, pertencente a um número indeterminado de pessoas, já que é de titularidade das presentes e futuras gerações, deve prevalecer sobre o direito de moradores de áreas de interesse ambiental, pois trataria de interesse de um número limitado de pessoas, ainda que esse número possa ser bastante grande. Admite, apenas, a não remoção nos casos em que a degradação ambiental já tenha se consolidado a ponto de impedir a sua reparação, hipótese em que não haveria mais o interesse ecológico na área.<sup>412</sup>

SCHEID, em sentido contrário, indica - ainda que de forma superficial - a primazia do direito social à moradia em relação ao ambiente natural, sobretudo em área

<sup>409</sup> NOVAIS, Jorge Reis. As restrições..., cit. p. 571.

<sup>410</sup> “Em uma constituição como a brasileira, que conhece numerosos direitos fundamentais sociais generosamente formulados, nasce sobre esta base uma forte pressão de declarar todas as normas que não se deixam cumprir completamente simplesmente como não-vinculativas, portanto, como meros princípios programáticos. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas que não se deixam cumprir de todo como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, são dependentes de uma reserva do possível no sentido daquilo que o particular pode exigir razoavelmente da sociedade. Com isso, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, senão também uma do problema da vinculação.” ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n.217, jul./ set.1999, p. 79;

<sup>411</sup> Veja-se a respeito a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região na Apelação Cível nº 5004049-71.2011.404.7208/SC: “a proteção ao meio ambiente não é um valor absoluto; ao revés, ele tem que conviver com uma pluralidade de valores presentes na sociedade, que se refletem nas normas constitucionais. Dentre estes, podem ser apontados o direito à moradia (art. 6º), à propriedade (art. 5º, XXII) e à razoabilidade (implícito no sentido material do art. 5º, LIV).” [https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&documento=5442096](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5442096).

<sup>412</sup> HENKES, Silvana L. Colisão de direitos fundamentais: meio ambiente ecologicamente equilibrado e acesso à moradia em áreas protegidas. In Congresso Internacional de Direito Ambiental (10.: 2006 : São Paulo, SP) - International Conference on Environmental Law. Direitos humanos e meio ambiente - Human rights and the environment / org. Antonio Herman Benjamin. São Paulo : Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006. p. 881.

de preservação permanente, quando a situação já se encontra consolidada.<sup>413</sup> À autora parece desproporcional<sup>414</sup> a retirada das moradias já consolidadas em razão de questões ambientais. *A contrario sensu*, somente as ocupações recentes seriam passíveis de remoção forçada por questões ambientais.

Em que pesem as argumentações expostas, prevalece o entendimento já mencionado de que não há hierarquia entre os princípios constitucionais em geral<sup>415</sup> e entre o direito à moradia adequada e ao ambiente ecologicamente equilibrado em especial<sup>416</sup>.

Estabelecidas as premissas de que inexistente hierarquia entre o direito à moradia adequada e ao ambiente ecologicamente equilibrado, bem como de que o método mais adequado à solução de colisão entre ambos é o da ponderação, cumpre investigar que parâmetros podem servir a essa ponderação.

Conforme explicitado no item 4.2.4 – ao qual se remete o leitor – a ponderação pode conduzir à criação de parâmetros ou *standards*. Esses parâmetros podem assumir caráter geral e, portanto, aplicáveis a todas as hipóteses (sendo facultado ao aplicador do direito afastá-los motivadamente, se for o caso) ou particular.

Já se afirmou a existência de dois parâmetros gerais à ponderação de princípios: a prevalência pela solução que mais atenda a dignidade da pessoa humana e a prevalência das regras sobre os princípios.<sup>417</sup>

No que diz respeito à ponderação entre moradia e ambiente ecologicamente equilibrado, o primeiro dos parâmetros gerais mencionados não fornece substancial ajuda. Conforme visto, ambos os direitos estão diretamente relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana, não havendo meios de quantificar qual das normas o estaria tutelando de forma mais intensa.

---

<sup>413</sup> “Quando houver relevante interesse social, como é o caso da moradia consolidada de quem habita essas áreas, a desafetação já se concretizou no mundo dos fatos, de forma que a lei ambiental não se configura como justificativa para a não regularização desses assentamentos” Cintia Maria Scheid, ‘Concessão especial de uso para fins de moradia: a interface entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente sustentável em áreas de preservação permanente’, Revista de Direito Imobiliário, n. 64, ano 31, jan./jun. 2008, p. 11.

<sup>414</sup> Como se vê, a proporcionalidade serviu de argumento aos dois posicionamentos contrários. Reforça-se, portanto, a necessidade de rigor metodológico e fundamentação adequada para o emprego da técnica da ponderação e da aferição da proporcionalidade, conforme anteriormente destacado.

<sup>415</sup> NOVAIS, Jorge Reis. As restrições..., cit., p. 703 e 706.

<sup>416</sup> COSTA, Rafael Santiago. a intrincada relação entre os direitos à moradia e ao meio ambiente equilibrado. Fórum de Dir. Urbano e Ambiental – FDU, Belo Horizonte, ano 12, n. 68, mar./abr. 2013, p. 66.

<sup>417</sup> A fim de evitar repetições desnecessárias, remete-se o leitor para os itens 4.2.1 e 4.2.2, onde o tema foi abordado.

Já em relação ao parâmetro geral da prevalência das regras sobre os princípios, a questão está intimamente relacionada ao tema colisão entre os direitos estudados, merecendo pois, algumas considerações.

Reafirma-se aqui o dito anteriormente: partindo-se da premissa de que há conflitos entre princípios constitucionais não solucionados pelo próprio poder constituinte, a conclusão lógica é a de que caberá aos poderes constituídos a solução dos mesmos. Fica assim evidente que a ponderação é realizada por todos os poderes constituídos.

Obviamente, nas hipóteses em que o poder legislativo já exerceu esse múnus e ponderou a hipótese concreta, fica *a priori* afastada a possibilidade de ponderação, admitida a exceção à regra já exaustivamente exposta.

Considerando a extrema relevância dos direitos aqui tratados, é evidente que há disposições legais em abundância, regulando as mais variadas situações<sup>418</sup>. Assim é que se pode encontrar farta legislação sobre direito ambiental e direito à moradia. E, conforme dito, havendo norma infraconstitucional que regule a hipótese, fica o operador do direito impossibilitado de realizar a ponderação. Sempre será possível se questionar a

---

<sup>418</sup> Em uma primeira análise, levando-se em conta que o direito ambiental pode ser considerado um ramo autônomo do direito, é possível imaginar que as regras a favor da prevalência do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado nos casos de colisão com o direito à moradia adequada. Contudo, o que se verifica é que há um movimento internacional de crescente prestígio à segurança da posse – com evidentes reflexos legislativos –, que é assim descrito por HENKES: “a promoção de regularização fundiária é hoje vista por instituições financeiras internacionais, como o Banco Mundial, como sendo a condição essencial para ampliação do mercado nas cidades e para a reativação da economia urbana. De fato, o Banco Mundial tem imposto a outorga de títulos de propriedade como condição para liberação de recursos, inclusive em vários países da América Latina, com base no argumento de que, entre outros efeitos, a segurança da posse e conseqüente acesso ao crédito formal farão com que os moradores invistam em seus lotes e casa, assim reativando a economia urbana como um todo.”. HENKES, Silvana L. Colisão de..., cit., p. 879. Como consequência, o que se verifica é que tratando especificamente da colisão entre moradia adequada e ambiente ecologicamente equilibrado, o poder legislativo brasileiro tem recentemente realizado inúmeras ponderações, concluindo por prestigiar aquele direito em detrimento deste. Nesse sentido, os artigos 64 e 65 da Lei n. 12.651/12 (chamado de novo código florestal) abre a possibilidade de regularização fundiária de núcleos urbanos informais que ocupam Áreas de Preservação Permanente e o artigo 8º do mesmo diploma prevê a possibilidade de supressão de vegetação nessas áreas nas hipóteses de utilidade pública e interesse social. (disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12651compilado.htm)); também a Lei n.º 13.465/17, que dispõe sobre regularização fundiária urbana e outros assuntos, em seu art.11 § 2.º, prevê que o Poder Público poderá, motivando a decisão administrativa, admitir a regularização de núcleos urbanos informais em área de preservação permanente ou em área de unidade de conservação de uso sustentável ou de proteção de mananciais, em conformidade com o disposto no Código Florestal, quando inseridas em área urbana consolidada, desde que estudo técnico comprove que esta intervenção implicará na melhoria das condições ambientais em relação à situação de ocupação irregular anterior, inclusive com realização de compensações ambientais (disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm)). Conforme se vê, essa segunda hipótese abre ampla possibilidade de regularização de moradias em áreas de interesse ambiental, considerando o legislador que essa regularização deve importar em melhora das condições ambientais e pode vir acompanhada da respectiva compensação, em clara atenção ao princípio ambiental da responsabilidade ecológica.



razoabilidade do critério de ponderação adotado pelo legislador, declarando-se a norma inconstitucional<sup>419</sup>. Contudo, essa hipótese transborda o objeto do presente trabalho, que se presta a investigar os casos de colisão entre os princípios constitucionais em discussão.

Quando se estudaram as modalidades de ponderação existentes, foram identificadas a ponderação em abstrato e a ponderação em concreto ou *ad hoc*.

Chama-se ponderação em abstrato aquela realizada de forma desvinculada do caso concreto. Nessas hipóteses, doutrina e jurisprudência pretendem a criação de *standards* que auxiliarão na solução de futuras hipóteses reais.

Quando realizada academicamente, é possível se afirmar que se trata de exercício intelectual preventivo. A jurisprudência, por sua vez, cria esses *standards* como resultado da já mencionada *pretensão de universalidade* da decisão da ponderação, sobre a qual se discorreu no item 4.2.4.3. Trata-se da cristalização de certas orientações a propósito dos conflitos principiológicos que não terão, contudo, a capacidade de substituir e eliminar as ponderações do caso concreto, dadas as peculiaridades que esses sempre apresentam.

Importante ressaltar que esses *standards* não são imutáveis, podendo ser alterados através da ponderação de novos fatores não considerados no momento de sua na formulação ou através de novos resultados de ponderação que alterem a regra anterior.<sup>420</sup>

Já a ponderação concreta ou *ad hoc* é aquela realizada no caso concreto pelo aplicador do direito, que deve levar em consideração os parâmetros gerais e particulares porventura já construídos sobre o tema e afastá-los, se for o caso, considerando-se as peculiaridades da hipótese especificamente tratada.

Analisando-se o fenômeno das remoções forçadas com fundamento em questões ambientais e sua colisão com o direito à moradia adequada, salta aos olhos a complexidade do tema, que pode ocorrer nos mais variados ambientes e envolver praticamente quaisquer atores e circunstâncias particulares. Assim, seria de pouca utilidade pretender aqui analisar qualquer ponderação *ad hoc* isoladamente.

Por outro lado, é de se reconhecer que a finalidade da ponderação abstrata – qual seja, a criação de *standards* – somente pode ser obtida após amplo debate doutrinário e jurisprudencial.

---

<sup>419</sup> SARMENTO, Daniel. A ponderação..., cit., p. 148.

<sup>420</sup> NOVAIS, Jorge Reis. As restrições..., cit., p. 911.

Contudo, é seguro afirmar que não é possível identificar na doutrina e jurisprudência parâmetros suficientemente claros e uniformemente definidos para que se reconheça a existência de *standards* acerca da matéria<sup>421</sup>.

Assim, o que se pretende neste momento é provocar o debate acerca de pontos que, de alguma forma, já foram objeto de reflexão doutrinária ou jurisprudencial e que poderiam, após sedimentação futura, vir a constituir parâmetros específicos à hipótese aqui estudada. É o que se passa a fazer.

#### **4.4 – Proposta de parâmetros específicos aplicáveis à hipótese em estudo**

Para tanto, sempre com o objetivo de utilizar um procedimento tão sistematizado quanto possível, se adotará o “roteiro para a ponderação preventiva ou abstrata” proposto por BARCELLOS<sup>422</sup>.

Trata-se de método onde cada um dos enunciados normativos é avaliado em abstrato e cotejado com situações que comumente lhe causam influência. Aqui, essa análise será feita de forma simultânea com os direitos à moradia adequada e ao ambiente ecologicamente equilibrado, sempre tentando destacar as questões pertinentes à colisão entre ambos.

O que se propõe é a formulação de um conjunto de perguntas divididas em três grupos. Pretende-se, a partir das respostas obtidas, a obtenção de indicações de “preferências abstratas”, que nada mais são do que as conclusões - que poderiam vir a ser *parâmetros particulares* - aplicáveis às ponderações nas hipóteses de remoções forçadas

<sup>421</sup> COSTA, Rafael Santiago. A intrincada relação entre os direitos à moradia e ao meio ambiente equilibrado. Fórum de Dir. Urbano e Ambiental – FDU, Belo Horizonte, ano 12, n. 68, mar./abr. 2013, p.p. 67/68. Não obstante a inexistência de parâmetros afirmada, merece destaque a pesquisa de jurisprudência realizada por FITTIPALDI especificamente sobre o tema. Embora o universo estudado tenha ficado restrito às decisões referentes à colisão dos direitos ao ambiente ecologicamente equilibrado e à moradia adequada em áreas urbanas proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro durante o período de 1995 a 2005, trouxe alguns dados dignos de nota. Inicialmente, parece relevante notar que a questão de remoções forçadas somente foi tratada sob esse enfoque de colisão entre os dois direitos em 75 casos durante todo o período pesquisado. Dentro desse universo houve tendência de privilégio ao direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, tendo sido afirmado pela autora que “A utilização de mínimas fundamentações teóricas e normativas pelo Tribunal na solução das demandas também Ficou evidente” FITTIPALDI, Mariana. A judicialização do conflito entre o direito ao meio ambiente e o direito à moradia nas cidades: uma análise das decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro sob a perspectiva do direito à cidade. In Congresso Internacional de Direito Ambiental (10.: 2006 : São Paulo, SP) - International Conference on Environmental Law. Direitos humanos e meio ambiente - Human rights and the environment / org. Antonio Herman Benjamin. São Paulo : Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006. p.p. 746/752.

<sup>422</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade..., cit., p.p. 275/294.

onde se verifique a colisão entre o direito à moradia adequada e o ao ambiente ecologicamente equilibrado.

O primeiro grupo de perguntas diz respeito à estrutura dos enunciados normativos e já contempla as preocupações referentes ao parâmetro geral, já estudado, de prevalência das regras sobre os princípios.

O segundo conjunto de perguntas está relacionado com o outro parâmetro geral de ponderação já mencionado (o da prevalência da solução que privilegie de forma direta os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana), uma vez que se preocupa com o conteúdo geral dos enunciados procurando delimitar as condutas exigidas, os efeitos pretendidos e as prerrogativas por ele conferidas.

O último grupo de perguntas busca identificar quais circunstâncias são capazes de influenciar relevantemente o sentido e a aplicação dos enunciados.<sup>423</sup>

As perguntas propostas para o **primeiro grupo** já foram em grande parte respondidas ao longo do trabalho, já que se relacionam com a estrutura dos enunciados normativos e as consequências que daí decorrem. As mais relevantes ao tema em estudo vêm descritas abaixo, ordenadas numericamente.

1) *O enunciado examinado tem natureza de princípio ou regra?* Já se analisou a natureza dos enunciados normativos que veiculam o direito à moradia adequada e ao ambiente ecologicamente equilibrado no item 4.2.1. Ficou lá consignado, resumidamente, que ambos são direitos fundamentais sociais, veiculados através de enunciados normativos dos quais não se podem extrair efeitos concretos e específicos, trazendo verdadeiros mandados de otimização dos quais pode se extrair um grande número de normas, razão pela qual se concluiu que são princípios constitucionais.

---

<sup>423</sup> Importante consignar que algumas das perguntas propostas dentro desses três grupos serão aqui omitidas porque impertinentes e/ou irrelevantes à hipótese em estudo. Contudo por questões didáticas, segue a transcrição de todas elas, na ordem formulada pela autora. Primeiro grupo: A) O enunciado examinado tem natureza de princípio ou regra? B) Caso se trate de regra, há elementos de indeterminação em seu enunciado? C) O enunciado atribuiu um direito? Define competências? Fixa metas públicas ou bens coletivos? D) se o enunciado atribui um direito, quem é seu titular? E) se o enunciado atribui um direito, quem está obrigado a respeitá-lo ou dar-lhe efeito? Segundo grupo: A) Que efeito o enunciado pretende produzir no mundo dos fatos? B) Que outros enunciados estão relacionados com esse mesmo tema e, portanto, com esses mesmos efeitos? C) Que condutas são necessárias e exigíveis para realizar os efeitos pretendidos pelo enunciado? Terceiro grupo: A) Há circunstâncias relevantes que interferem na aplicação do enunciado (como condições de modo de exercício, tempo ou lugar?); B) Há circunstâncias relevantes que interferem na aplicação do enunciado relativamente ao titular do direito? C) Há circunstâncias relevantes que interferem com a aplicação do enunciado relativamente àqueles que estão obrigados a respeitar os direitos por ele outorgados? D) quais as finalidades lógica e histórica associada ao enunciado? E) É possível identificar situações de conflito com outros enunciados? Como é possível superá-las? BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade..., cit., p.p. 275/294.

2) *O enunciado atribui um direito?* A indagação acerca da produção de direitos subjetivos, remete à polêmica acerca dos direitos fundamentais sociais. Contudo, conforme já exposto, essa polêmica transborda os objetivos do presente, pois à solução da colisão entre moradia adequada e ambiente ecologicamente equilibrado basta avaliar se há produção de efeitos no que diz respeito ao aspecto de defesa ou negativo.

Com efeito, é perfeitamente identificável um direito à abstenção de ações ambientalmente nocivas por parte do Estado e de terceiros.

No mesmo sentido a interpretação acerca do direito à habitação permite concluir que há o direito de não ser arbitrariamente privado da moradia ou ser impedido de conseguir uma; há também um dever geral de abstenção, no sentido de que não se podem praticar condutas contrárias a esse direito<sup>424</sup>.

É em torno da consideração de que existe esse dever de abstenção de condutas que possam vulnerá-los que gravita toda a controvérsia aqui analisada.

3) *Quem é seu titular?* Considerando-se a afirmação anteriormente lançada de que o direito à moradia adequada é o direito a ocupar com habitualidade/permanência um lugar como residência e que não se confunde com eventuais direitos subjetivos daí decorrentes, é possível concluir que ele é de titularidade universal, cabendo a qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, independentemente de capacidade ou qualquer outra característica particular.

Já no que diz respeito ao direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, esse é reconhecidamente um direito transindividual e difuso<sup>425</sup>. Contudo, o princípio da solidariedade intergeracional leva a doutrina<sup>426</sup> e jurisprudência<sup>427</sup> a afirmar que teria número indeterminado de titulares, pois também inclui nesse universo as gerações

---

<sup>424</sup> É como decidiu, exemplificativamente, o Tribunal Central Administrativo Sul de Portugal, no processo 09712/13. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/b6fa3288a3ca33a080257b3c003a4819?OpenDocument&Highlight=0,direito,do,ambiente,intima%C3%A7%C3%A3o,para,a,protec%C3%A7%C3%A3o,de,direitos,liberdades,e,garantias>.

<sup>425</sup> Nesse sentido, CAPELLA, Vicente Bellver. *Ecología: de las razones a los derechos*. Granada: Comares, 1994, p. 194.

<sup>426</sup> Cfr. HENKES, Silviana L. Colisão de direitos fundamentais: meio ambiente ecologicamente equilibrado e acesso à moradia em áreas protegidas. In Congresso Internacional de Direito Ambiental (10.: 2006 : São Paulo, SP) - International Conference on Environmental Law. Direitos humanos e meio ambiente - Human rights and the environment / org. Antonio Herman Benjamin. São Paulo : Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006. p. 881.

<sup>427</sup> Foi o que afirmou o Tribunal de Justiça de Santa Catarina na Apelação Cível nº 2009.010272-7. Disponível em [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=2008.071720-2&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAAAAAOKfPAAB&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=2008.071720-2&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAAAAAOKfPAAB&categoria=acordao).

futuras, o que muitas vezes é considerado no momento da ponderação entre direito à habitação e direito ao ambiente ecologicamente equilibrado.

4) *Quem está obrigado a respeitá-lo ou dar-lhe efeito?* Também aqui não se apresentam maiores dificuldades, já tendo a questão ficado suficientemente respondida ao longo do presente. Como dito, trata-se de dever geral de abstenção que obriga a todos – particulares e Estado – a respeitar os direitos em estudo<sup>428</sup>.

Conforme se verifica, o primeiro grupo de perguntas não suscita maiores controvérsias e não fornece contribuições relevantes para a solução da colisão dos direitos em estudo. Contudo, é a partir do **segundo grupo** que reside a maior parte das controvérsias. Seguem as perguntas propostas, sequencialmente numeradas.

1) *Que efeito o enunciado pretende produzir no mundo dos fatos?* Conforme abundantemente demonstrado, a incidência dos dois princípios estudados em situações concretas gera uma vasta possibilidade de normas a se extrair. Contudo, há aqui um aspecto que merece ser destacado porque permite compreender, na sua essência, do que se trata a colisão entre moradia e o direito ambiental.

No capítulo 2 restou consignada a estreita relação entre função social da propriedade e da posse e o direito à moradia adequada. Há até mesmo quem extraia este direito da previsão constitucional da função social da propriedade. Essa relação fica ainda mais evidente quando a Constituição indica que a moradia é uma das formas de preenchimento da função social, como no caso da usucapião especial para fins de moradia.<sup>429</sup> O cumprimento da função social – da posse ou da propriedade – é um dos efeitos do exercício do princípio da moradia adequada.

Igualmente, o direito ao ambiente está intimamente relacionado com o cumprimento da função social da propriedade ou da posse, na medida em que ao clássico direito de propriedade foram sendo anexadas obrigações, dentre as quais o respeito às normas ambientais. É, portanto, lícito afirmar que o cumprimento da função ambiental –

---

<sup>428</sup> Nesse sentido manifestou-se o Tribunal Constitucional de Portugal no acórdão 420/00: “É que o direito à habitação, embora seja um direito cuja realização – uma realização gradual, pois é um direito colocado “sob reserva do possível” – constitui, essencialmente, tarefa do Estado (cf. artigo 65º, n.º 2, da Constituição), funda-se na dignidade da pessoa humana. E, por isso, como há um mínimo incompressível desse direito cuja concretização o Estado deve assegurar, o legislador, com esse objectivo, impõe restrições ao proprietário privado, que, desse modo, é chamado a ser solidário com o seu semelhante, em nome, desde logo, da função social da propriedade, sobre a qual recai uma verdadeira hipoteca social, a qual, numa certa visão das coisas, se funda no destino universal dos bens.” <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000420.html>.

<sup>429</sup> A usucapião especial urbana e rural estão previstas nos artigos 183 e 191 da Constituição brasileira, reduzindo o prazo da prescrição aquisitiva quando atendida a função social através da moradia. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

seja da propriedade ou da posse – é um dos efeitos do princípio constitucional do ambiente ecologicamente equilibrado.

No item 2.4, ao estudar o princípio da função ambiental da propriedade e da posse, apontou-se a controvérsia acerca do fato de haver relação de gênero e espécie entre a função social da propriedade e da posse e a função ambiental da propriedade e da posse. Muito embora parte da doutrina afirme a existência de uma verdadeira função socioambiental da posse e da propriedade, adotou-se a posição contrária. Além do argumento óbvio de que essa não foi a opção expressa do constituinte, foi relevante a demonstração de que há casos em que cumprir uma dessas funções significará o descumprimento da outra.

E é justamente de uma hipótese como essa que se trata o presente estudo. Com efeito, o cumprimento da função social da propriedade ou da posse através do direito à moradia adequada, em determinadas hipóteses, causa uma violação à função ambiental da propriedade. Ocupada para fins de moradia, determinada área de interesse ecológico deixa de cumprir sua função ambiental.<sup>430</sup>

Trata-se, portanto, da colisão entre a função social da propriedade e da posse (realizada através da moradia) e a função ambiental da propriedade e da posse. São dois efeitos dos princípios em questão que estão em colisão.

Obviamente, apenas essa percepção não é suficiente para a solução dos casos concretos que se apresentem. Contudo, trata-se de ferramenta útil na fase final de ponderação (etapa decisória), quando o intérprete deverá optar por uma das diferentes possibilidades normativas.

Outro efeito relevante do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado é a incidência do princípio da precaução, tratado no item 2.4. Pela aplicação desse princípio, ficam vedadas condutas acerca das quais as conclusões científicas sobre sua potencialidade lesiva ao ambiente são insuficientes, inconclusivas ou incertas, mas existe de fato a possibilidade de que a saúde das pessoas, animais ou a proteção vegetal estejam expostas a risco.

Com base no princípio da precaução é possível que se cogite de remoções forçadas que gerem compressões no direito à moradia adequada sem a efetiva prova da

---

<sup>430</sup> Note-se que é possível imaginar que a finalidade residencial de um imóvel localizado em área de proteção ambiental não chegue a realizar o direito à moradia (como na hipótese de uma casa de veraneio). Contudo, nesses casos não se estará diante de verdadeira colisão entre o direito à moradia adequada e ao ambiente ecologicamente equilibrado, já que aquele direito não está verdadeiramente em discussão.

existência de dano ou risco fundado de dano ao ambiente? Estaria justificada a remoção pela mera possibilidade de dano ao ambiente?

Entende-se que aqui, a princípio, a resposta negativa se impõe. Por óbvio não se pretende negar a validade do princípio da precaução, que permanece perfeitamente válido. Contudo, na ponderação com o princípio da moradia adequada, não se afigura razoável que a possibilidade de dano futuro e incerto cause restrições a direito tão intimamente ligado com a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido já se manifestou a jurisprudência.<sup>431</sup> Mas, repita-se, é necessário que fique provado na hipótese que a remoção forçada causará uma restrição relevante ao direito à moradia adequada.

Ainda que apreciando questão penal, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que a pequena relevância do dano ambiental é causa para a prevalência do direito à moradia, no Habeas Corpus nº 124820/DF<sup>432</sup>. Com mais razão, ausente o dano, não há que se falar, em regra, de remoção forçada que vulnere o direito à moradia adequada com base no princípio da precaução, sem que se possa verificar qualquer dano<sup>433</sup>.

---

<sup>431</sup> Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2010.029244-6, da Capital Relator: Desembargador Substituto Ricardo Roesler AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APELO ADESIVO. INOVAÇÃO RECURSAL. RECURSO NÃO CONHECIDO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DEMOLIÇÃO DE CASA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (LOCALIDADE DE RATONES). IMÓVEL DE USO HABITACIONAL, CUJA PROPRIEDADE PERMANECE HÁ MAIS DE 100 ANOS COM A FAMÍLIA DO RÉU. AUSÊNCIA DE PROVA OBJETIVA DE USO DEGRADANTE OU DE OFENSA AO PATRIMÔNIO NATURAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA, QUE DETERMINA APENAS A REGULARIZAÇÃO DA OBRA. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REMESSA NECESSÁRIA. Não se conhece de recurso que inova o debate. Na espécie, o réu pretendia, em sede de apelo, discutir nova classificação da área onde se localiza o seu imóvel (como se rural fosse), o que não foi apreciado em primeiro grau, e bem por isso inviabiliza agora o seu conhecimento. Conquanto imprescindível a proteção do meio ambiente, não se mostra razoável a demolição de propriedade que, além de centenária, **não revela, por sua existência, risco de degradação ambiental, contexto em que o discurso da precaução assume apenas apelo retórico, sem observar o primado da dignidade humana**, sobretudo por desconsiderar a existência, no mesmo local, de modesta porém tradicional comunidade, sem prova de alteração do bioma local no decorrer da ocupação. (Grifo nosso) Disponível em [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAG/FVAG&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAG/FVAG&categoria=acordao).

<sup>432</sup> STJ HC 124.820-DF “Por último, ressalte-se que a área degradada é diminuta, menor do que a admitida no programa “Minha Casa, Minha Vida”, que a dimensão do dano causado à vegetação perde relevância diante do direito de morar, garantido, no art. 6º da CF/1988, como direito fundamental e que o paciente, reconhecidamente, tem baixo grau de instrução ou escolaridade.” No corpo do voto o julgador reconheceu a incidência do princípio da insignificância: “O dano ambiental provocado pelo paciente, além de desprovido de dolo, é insignificante”. Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200802847363&dt\\_publicacao=22/08/2011](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802847363&dt_publicacao=22/08/2011). No mesmo sentido manifestou o Tribunal Regional Federal da 5ª Região no julgamento da Apelação cível nº 415514/PB, disponível em <https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>.

<sup>433</sup> Importante ressaltar que é possível que o caso concreto indique alguma forma de supressão mais branda do direito à moradia adequada através de alguma limitação a este. O que se sustenta é a impossibilidade de remoções forçadas que vulnerarem o direito à moradia adequada.

2) *Que outros enunciados estão relacionados com esse mesmo tema e, portanto, com esses mesmos efeitos?* Também aqui, considerando-se a íntima relação de ambos os enunciados com o princípio da dignidade da pessoa humana, servem eles de suporte – e, portanto, se relacionam intimamente – com inúmeros outros direitos fundamentais. Contudo, pretende-se dar destaque a alguns já debatidos pela jurisprudência e que tem o condão de interferir diretamente no resultado da ponderação em estudo.

As remoções forçadas fundadas em questões ambientais, como afirmado no capítulo 3, podem ser realizadas através de procedimento administrativo ou judicial. Assim, em qualquer das hipóteses, estarão sempre submetidas ao devido processo legal.

Sem a pretensão de aprofundar o tema, é possível entender o princípio do devido processo legal como garantia constitucional<sup>434</sup> que impede, entre outras coisas, que alguém seja privado de seus direitos, sem a observância do procedimento previamente definido, com ampla possibilidade de manifestação. “Do princípio do Estado de Direito deduz-se, sem dúvida, a exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao direito de realização do direito.”<sup>435</sup>

Especificamente na hipótese em estudo, o dever de respeito a essas garantias procedimentais é capaz de fornecer alguns parâmetros. Ao pretender levar a cabo uma remoção forçada, especialmente quando se trata de procedimento administrativo, é comum que a Administração Pública não realize estudos técnicos que efetivamente demonstrem o dano ao ambiente ou, embora os produza, não realize todas as etapas do procedimento sob o crivo do contraditório<sup>436</sup> permitindo o livre acesso a todo ele pelas partes interessadas.

Contudo, essa conduta não pode ser aceita. Em determinadas hipóteses o estudo técnico pode ser determinante da prevalência de um direito sobre o outro,

<sup>434</sup> Na Constituição brasileira: art. 5º, LIV: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

<sup>435</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*..., cit., p. 274.

<sup>436</sup> Embora a questão envolvesse áreas de risco (e não violação ao direito ao ambiente), Lucas Faulhaber e Lena Azevedo dão notícia de que o poder público nem sempre é claro quanto aos estudos técnicos apresentados. Com efeito, no curso de remoções no Rio de Janeiro, a Secretaria Municipal de Habitação mapeou e declarou áreas de risco nas comunidades do Morro da Providência e Dona Marta, indicando a remoção de 832 famílias dessas comunidades. Desconfiados os moradores encomendaram contralaudos, que revelaram a ausência de estudos técnicos por parte do poder público e a necessidade de remoção de um número muito menor de famílias para permitir as obras que garantiriam uma condição segura para o local. AZEVEDO, Lena e FAULHABER, Lucas. *SMH 2016: remoções no Rio de Janeiro Olímpico*. 1ª ed., Mórula, Rio de Janeiro, 2015, pp. 61/62.



indicando de forma mais segura o “nível ótimo” de compressão de cada um deles e garantindo, portanto, a máxima efetividade dos princípios constitucionais envolvidos.

Foi exatamente nesses termos que decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região no julgamento do Agravo de Instrumento n. 0006843-46.2011.404.0000/RS, afirmando que no caso concreto o laudo técnico elaborado indicava ser razoável a preponderância do direito à moradia adequada em relação ao direito ao ambiente ecologicamente equilibrado<sup>437</sup>.

Assim, não se deve admitir qualquer decisão sem a realização de procedimento submetido ao contraditório onde se elabore, inclusive, estudo técnico. Não será viável a remoção forçada na hipótese em comento, caso o Poder Público não demonstre a violação ao direito ao ambiente ecologicamente equilibrado no bojo de um procedimento administrativo dotado de mecanismos de consulta à população afetada, de publicidade e que permita aos afetados o exercício do contraditório através de instâncias de negociação e mediação dos conflitos, com a participação de instituições essenciais à função da justiça, como a Defensoria Pública e Ministério Público<sup>438</sup>. Também inadmissível a decisão pela manutenção das moradias em área ambientalmente protegida antes de parecer técnico que mensure o tamanho do dano ambiental correspondente e sua possibilidade de recuperação.

Outra proposta de parâmetro que se pode extrair das garantias procedimentais ligadas ao princípio constitucional do devido processo legal diz respeito à concessão de medida liminar para a remoção imediata de moradores de áreas de interesse ambiental. Na ponderação entre o direito à moradia adequada e ao ambiente ecologicamente equilibrado, salvo na hipótese em que se demonstre alguma urgência extraordinária na tutela do ambiente, não parece razoável que se restrinja aquele direito antes de uma cognição exauriente, mormente quando se tratar de um número grande de pessoas que

---

<sup>437</sup> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. RECONSTRUÇÃO DE MORADIA. Diante do conflito de direitos fundamentais apresentado no caso concreto, qual seja, direito à moradia e meio ambiente, é razoável a preponderância do primeiro, sobretudo quando demonstrado por laudo técnico que é possível, respeitadas certas condições e restrições, a manutenção da residência do agravado no local. TRF4, Agravo de Instrumento n. 0006843-46.2011.404.0000/RS, Rel. Des. Fed. Fernando Quadros da Silva, in DJe de 30/9/11. Disponível em <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF402178644>.

<sup>438</sup> Cfr. SAULE JÚNIOR, Nelson. A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor (SAFE), 2004, p. 160. Em sentido semelhante, AQUINO, Vinicius Salomão de. “Destarte, fica novamente demonstrada a importância fundamental do estudo técnico para averiguar a viabilidade da regularização e constatar se as suas vantagens superaram os eventuais prejuízos” *In* Direito ambiental II. Organização CONPEDI/UFPB; Coordenadores: Flavia de Paiva Medeiros de Oliveira, Norma Sueli Padilha, Beatriz Souza Costa. Florianópolis : CONPEDI, 2014, p. 161.

habitem o local há razoável tempo. Nesse sentido, há jurisprudência<sup>439</sup> afirmando que compressão do direito à moradia adequada, por sua proximidade com o princípio da dignidade da pessoa humana e de inúmeros outros direitos fundamentais que lhe são correlatos, exige razoabilidade e proporcionalidade dos atos do poder público, desaconselhando a concessão de tutela antecipada.

Por fim, há ainda uma discussão que envolve a relação entre o princípio do ambiente ecologicamente equilibrado e o princípio da isonomia que já foi razoavelmente debatida pela jurisprudência e merece consideração. É possível que se impeça a remoção forçada pela alegação de violação ao princípio da isonomia, uma vez que haja outras pessoas na mesma situação? É dizer: no bojo do procedimento (administrativo ou judicial) que pretenda a remoção forçada, é relevante o argumento oposto pelo morador de área de interesse ambiental no sentido de que há outras pessoas na mesma situação que não sofrem ameaça de remoção?

AMARAL<sup>440</sup> analisa interessante decisão do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal no processo 024606/1989<sup>441</sup>. Embora não se trate

---

<sup>439</sup> Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça no AgRg na MC 12594 / RJ. AGRADO REGIMENTAL NA MEDIDA. CAUTELAR 2007/0054808-9. PROCESSO CIVIL. INTERDITO PROIBITÓRIO. MEDIDA LIMINAR. Estando em conflito o direito à preservação ambiental e o direito à moradia dos ocupantes da área, é acertada a decisão que, num primeiro momento, o do exame da medida liminar, protegeu o direito à posse de quem tem habitação no local. Agravo regimental desprovido. [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200700548089&dt\\_publicacao=18/06/2007](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700548089&dt_publicacao=18/06/2007). No mesmo sentido foi a decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região no Agravo de Instrumento - AG108674/SE: AMBIENTAL. AGRADO DE INSTRUMENTO. DANO AMBIENTAL. DEMOLIÇÃO DE IMÓVEIS CONSTRUÍDOS EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E TERRENO DE MARINHA EM SEDE DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. AGTR PROVIDO. AGRADO REGIMENTAL PREJUDICADO. 1. O dano ambiental, in casu, consiste na ocupação por mais de 80 famílias, sem autorização dos órgãos ambientais e autoridades públicas, em terreno de marinha, bem como localidade de preservação permanente (manguezal). (...) 3. No presente caso, há de se levar em consideração que as referidas famílias ocupam a área por mais de 10 anos, sem qualquer oposição das autoridades públicas. Dessa forma, com base no caráter constitucional do direito social à moradia (art. 6º da CF/88), com base no caráter constitucional do direito social à moradia (art. 6º da CF/88), mostra-se, no atual estágio do processo originário, desproporcional determinar a imediata desocupação e demolição das habitações em comento, provimento este irreversível e extremamente prejudicial ao agravado. 4. O Administrador tem que agir com parcimônia nas suas escolhas. Destarte, o ato administrativo será ilegítimo, ainda que não contrarie qualquer norma legal/infralegal, quando não restar demonstrada a proporção adequada entre os meios que emprega e os fins que deseja alcançar. Assim, ultrapassando a Administração os limites impostos pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pode o Poder Judiciário corrigir tal ilegalidade. (...). Disponível em <https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>.

<sup>440</sup> AMARAL, Augusto Ferreira do. A jurisprudência portuguesa no domínio do direito do ambiente. In *Direito do Ambiente*. Organizadores: AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Marta Tavares de. Oeiras: Instituto Nacional de Administração, 1994, p.p. 457/458

<sup>441</sup> “DIREITO AO AMBIENTE. EMPRESA INDUSTRIAL. SUSPENSÃO DE LABORAÇÃO. POLUIÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO DO ACTO ADMINISTRATIVO. FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO. FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO. PRINCIPIO DA IGUALDADE. DESPACHO INDEFIRO. I - Se uma empresa industrial descarrega num rio os detritos da sua actividade industrial, contribuindo para a sua poluição, numa proporção que se pode fixar em cerca de 50%, ou, na melhor das hipóteses, num terço,

especificamente da colisão entre moradia e ambiente, há conclusões relevantes que merecem reflexão na hipótese em estudo. Tratava-se de fábrica que, em razão de sua atividade industrial, despejava resíduos em rio local. Assim, foi determinada a suspensão de suas atividades. A empresa recorreu dessa decisão ao Supremo Tribunal Administrativo alegando violação ao princípio da igualdade, uma vez que havia outras fábricas funcionando no local que também lançavam resíduos no mesmo rio e não tiveram suas atividades interrompidas. Não obstante o recurso tenha sido provido por considerar que houve falta de fundamentação na decisão, enfrentou diretamente a alegação de violação ao princípio citado nos seguintes termos: “(...) não viola o princípio da igualdade, já que sendo a sua contribuição para tal poluição de grau muito mais elevado do que a das restantes, não se podiam tratar situações desiguais por forma igual.” Essa fundamentação, pautada no aspecto material da igualdade poderia conduzir à seguinte interpretação *a contrario sensu*: se na hipótese as outras empresas causassem o mesmo grau de dano ambiental, a alegação de violação ao princípio da isonomia seria válida.

Entretanto, esse argumento parece inaceitável porque apenas leva em consideração a restrição à atividade empresarial deixando de apreciar a ilicitude gerada pelo dano ambiental. Na verdade, o que se deve considerar é que a atividade empresarial não foi suspensa em razão de qualquer consideração em relação às outras empresas, não havendo qualquer afirmação de licitude da atividade das mesmas. O que pretendia a empresa recorrente era um direito igual à permanência em um estado de licitude, o que não se pode aceitar.

Com mais razão ainda não parece aceitável essa alegação na hipótese de colisão entre direito ao ambiente ecologicamente equilibrado e direito à moradia adequada. Inicialmente, há que se considerar ser muito difícil que haja igualdade de condições até mesmo entre os moradores de uma mesma região. Isso porque as condições individuais interferem diretamente no grau de realização dos demais direitos fundamentais relacionados e interdependentes à moradia. Assim, o grau de compressão ao direito à moradia adequada pode variar consideravelmente a depender das condições

---

enquanto que as restantes empresas da zona apenas descarregam a outra metade, ou os restantes dois terços, a determinação da suspensão temporária da sua actividade, que não foi imposta as outras, não viola o princípio da igualdade, já que sendo a sua contribuição para tal poluição de grau muito mais elevado do que a das restantes, não se podiam tratar situações desiguais por forma igual. (...)” Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/2d5fbbde50d700b9802568fc00376741?OpenDocument&Highlight=0,calhau,e,ferreira>.

peçoais de seu titular. Não havendo igualdade substancial entre as situações, não há que se falar em isonomia.

Mas, ainda que seja possível considerar que todos os moradores de um local estão em situação suficientemente semelhante, aquele que está sendo removido de uma área de interesse ambiental não pode pretender sua permanência apenas porque há outras pessoas na mesma situação. Se a decisão de remoção está necessariamente baseada no argumento de que, naquela hipótese concreta, a permanência no local é contrária ao direito, aplica-se a conclusão comum na jurisprudência de que “não há isonomia na ilicitude”<sup>442</sup>.

3) *Que condutas são necessárias e exigíveis para realizar os efeitos pretendidos pelo enunciado?* Trata-se da última pergunta relacionada ao segundo grupo. No que diz respeito às condutas exigíveis, a questão remete à eficácia dos direitos sociais.

Já se teve a oportunidade de pontuar que, não obstante a grande controvérsia acerca da eficácia dos direitos sociais, há razoável consenso sobre a natureza de regra de seu conteúdo mínimo, em razão de sua vinculação com a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, à margem de maiores controvérsias está a constatação de que os

---

<sup>442</sup> Nesse sentido foi a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no Agravo de Instrumento n. 2009.072634-5. Na hipótese invocou-se entendimento no mesmo sentido do Superior Tribunal de Justiça que, embora tratasse de direito à habitação, não envolvia questão ambiental: “DIREITO AMBIENTAL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. RESIDÊNCIA EDIFICADA SOBRE DUNAS. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E, PORTANTO, NON AEDIFICANDI. IMPOSSIBILIDADE, POR CONSEQUENTE, DE SER REGULARIZADA. EVIDENTE PREJUÍZO AO MEIO AMBIENTE, DIANTE DA FALTA DE SANEAMENTO BÁSICO NO LOCAL. NOTÍCIA, ADEMAIS, DE QUE OUTRAS CONSTRUÇÕES ENCONTRAM-SE EM ANDAMENTO NAS PROXIMIDADES. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. “É legítima a demolição de obra concluída em desobediência ao embargo administrativo expedido pelo Município, em virtude de estar desprovida de alvará de licença para a construção, em desacordo com a legislação municipal, e localizada às margens de rio, área de preservação permanente, sendo irrelevante a existência de outras edificações irregulares nas proximidades. Se a demandada deu prosseguimento à obra embargada, o fez por conta e risco próprios e, por isso, não pode alegar que já está concluída, porque tinha ciência de que a construção estava irregular e de que não poderia concluí-la” (Ap. Cív. n. 2007.058081-5, de Tubarão, rel. Des. Jaime Ramos). Hipótese em que, tanto à luz do Código Florestal como da legislação municipal, a obra encontra-se em área non aedificandi, afora o fato de que não conta com o necessário alvará, o que obsta a sua regularização. Irregularidade que não pode ser justificada e admitida pela existência de outras construções na região, pois **a “isonomia, princípio de igualdade perante a lei, não é aplicável à ilicitude”** Ag n. 813.587, rel. Min. Ari Pargendler.” Disponível em

[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=isonomia,%20princ%EDpio%20de%20igualdade%20perante%20a%20lei,%20n%E3o%20E9%20aplic%Elvel%20E0%20ilicitude&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAG/FxAAA&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=isonomia,%20princ%EDpio%20de%20igualdade%20perante%20a%20lei,%20n%E3o%20E9%20aplic%Elvel%20E0%20ilicitude&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAG/FxAAA&categoria=acordao). No mesmo sentido a, Apelação Cível nº 2008.067060-5, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, j. 23-02-2010): Ação civil pública. Direito de construir. Construção clandestina. Choque entre direitos fundamentais. Direito à moradia e ao meio ambiente. (...). Princípio da igualdade que não justifica o ilícito.” Disponível em [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAHDxoAAD&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAHDxoAAD&categoria=acordao).

núcleos essenciais do direito à moradia adequada e ao ambiente ecologicamente equilibrado estão à salvo de compressões e possibilitam, até mesmo, a exigência de prestações positivas pelo Estado<sup>443</sup>.

Sobre a definição de conteúdo mínimo do direito já se teve a oportunidade de discorrer no item 4.2.3.4, para qual se remete o leitor a fim de se evitarem repetições desnecessárias. Aqui basta recordar que, acerca de seu conteúdo, divergem a teoria absoluta (para quem ele seria predeterminado) e a relativa (que sustenta que seu conteúdo deve ser analisado no caso concreto, cotejando-o com os demais direitos fundamentais envolvidos). Sustentou-se a adoção de posição intermediária, admitindo-se a criação de *standards* através de reflexões doutrinárias e jurisprudenciais, que estarão em constante revisão e aperfeiçoamento.

Justamente dessa reflexão acerca do conteúdo mínimo do direito à moradia adequada nas hipóteses de remoções forçadas fundadas em questões ambientais, surgiu posicionamento jurisprudencial relevante no sentido de que, em se tratando de removidos especialmente vulneráveis – entre os quais se incluem os social e economicamente fragilizados<sup>444</sup> - haverá o dever de o poder público, caso a conclusão seja pela necessidade de remoção, apresentar plano alternativo<sup>445</sup>. Deve ser garantida a remoção para outra

---

<sup>443</sup> Nesse sentido é o já citado acórdão 420/00 do Tribunal Constitucional de Portugal: “É que o direito à habitação, embora seja um direito cuja realização – uma realização gradual, pois é um direito colocado “sob reserva do possível” – constitui, essencialmente, tarefa do Estado (cf. artigo 65º, n.º 2, da Constituição), funda-se na dignidade da pessoa humana. E, por isso, como há um mínimo incompressível desse direito cuja concretização o Estado deve assegurar, o legislador, com esse objectivo, impõe restrições ao proprietário privado, que, desse modo, é chamado a ser solidário com o seu semelhante, em nome, desde logo, da função social da propriedade, sobre a qual recai uma verdadeira hipoteca social, a qual, numa certa visão das coisas, se funda no destino universal dos bens.”

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000420.html>.

<sup>444</sup> Nesse sentido, Francisco Jimenez Garcia: “Los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda” (Tomarse en..., op. cit., pag.114). No mesmo sentido, o Alto comissariado de Direitos Humanos da ONU, em seu comentário geral nº 7 afirma: “Evictions should not result in individuals being rendered homeless or vulnerable to the violation of other human rights. Where those affected are unable to provide for themselves, the State party must take all appropriate measures, to the maximum of its available resources, to ensure that adequate alternative housing, resettlement or access to productive land, as the case may be, is available.” Disponível em <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/escgencom7.htm>. Acesso em 02/01/2018.

<sup>445</sup> Nesse sentido, pode-se citar uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que negou a reintegração de posse de um bem público, sob o argumento de que “no caso, embora a área invadida seja bem público, necessário observar questões de maior relevância, de cunho constitucional, como a dignidade da pessoa humana, o direito à moradia, entre outros. Não pode o município pretender simplesmente expulsar os agravantes da área, sem que estes tenham para onde ir ( TJRS, AI 70008228561, rel. Des. José Francisco Pellegrini, j. 8/6/2004 disponível em [http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfield=s\\*&aba=juris&entsp=a\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfield=s*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-)



localidade ou a inclusão em programa social que permita ao removido a manutenção de sua moradia e, consequentemente, sua dignidade<sup>446</sup>. Somente assim não restaria suprimido por completo o direito à moradia adequada, pois a remoção forçada de grupos especialmente vulneráveis sem o oferecimento de alternativas deixaria os removidos em situação de completa indigência.

O requisito geralmente exigido é a prova de que a ocupação não foi recente. Evita-se assim que ela seja levada a cabo por má – fé, com o único fim de obter do Estado o reconhecimento do direito a realocação ou inclusão em programas sociais.<sup>447</sup>

---

[8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&partialfileds=n%3A70008228561&as\\_q=#main\\_res\\_juris](http://8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfileds=n%3A70008228561&as_q=#main_res_juris) )

<sup>446</sup> Note-se que não se está aqui tratando de eventual indenização. De fato, haverá hipóteses em que é possível vislumbrar o direito à indenização do removido, mas a existência ou não desse direito estará ligada a fatores outros que não a relevância do direito à moradia adequada, o que foge ao objeto da presente.

<sup>447</sup> Assim manifestou-se o Tribunal Regional Federal da 4ª Região: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE. DIREITO À MORADIA. DIGNIDADE PESSOA HUMANA. PONDERAÇÃO. RECOMPOSIÇÃO DO MEIO. DESIGNAÇÃO DE NOVO LOCAL PARA HABITAÇÃO DA FAMÍLIA. Tendo em vista que não há direito fundamental absoluto, havendo o embate entre o direito fundamental difuso ao um meio ambiente hígido e o direito fundamental à moradia, que perpassa pela dignidade da pessoa humana, em que pese a prevalência geral do primeiro, porque sensível e afeto a toda a coletividade, há casos da prevalência deste, a fim de **garantir o mínimo existencial** no caso concreto. Trata-se de prevalência, jamais total sub-rogação de um sobre o outro. Desta forma, demonstrada ocupação de área de preservação permanente ou terreno de marinha, com fins de moradia **por tempo considerável**, deve o possessor demolir a construção ilegitimamente levada a efeito, recompondo o meio integralmente ou pagando multa indenizatória direcionada para tal fim. Entretanto, **a desocupação somente poderá ser efetivada após garantia do Poder Público de designação de novo local adequado para moradia da família**. (grifo nosso) 9TRF4. AC 200504010205868, Relatora: Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, - Terceira Turma, julgado em 25/09/2009. Disponível em: [http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&documento=2976263](http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=2976263). No mesmo sentido decidiu o Tribunal Regional Federal da 5ª Região: “PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. MEIO AMBIENTE. (...) DANO AMBIENTAL. CONSTRUÇÕES IRREGULARES EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. CONFIGURAÇÃO. CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE ADEQUADO E DIREITO À MORADIA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. APLICAÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. PRECEDENTE DA TURMA. 1- Apelação e remessa oficial em que se discute a demolição de 200 (duzentas) casas de precárias condições, construídas, irregularmente, em área de preservação permanente (mangue), localizada no entorno da Avenida Tancredo Neves, Município de João Pessoa, no Estado da Paraíba. (...) 3- Em caso de colisão entre direitos fundamentais, em razão destes não serem absolutos, impõe-se proceder à compatibilização entre os mesmos, mediante o emprego do princípio da proporcionalidade, o que permitirá, por meio de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto, harmonizá-los, através da redução proporcional do âmbito de aplicação de ambos ou de apenas um deles apenas. 4- In casu, não é razoável a demolição imediata de todos os imóveis irregulares localizados na área de preservação permanente, tendo em vista que tal ato representará um agravante ao dano ambiental já existente, além de causar inegável impacto social decorrente do desalojamento de diversas famílias. 5- **É de se manter a sentença que determinou a apresentação de um planejamento prévio para a reinstalação dos imóveis e de seus moradores em áreas dotadas de equipamentos e serviços públicos mínimos, após a realização dos estudos imprescindíveis à efetivação da medida para desocupação da área de preservação indevidamente ocupada**, cabendo, ainda, ao Poder Público a obrigação de evitar novas ocupações irregulares das áreas, corrigindo os problemas ambientais existentes. Precedente desta Turma: (APELREEX 6396. TRF5. Segunda Turma, Des. Fed. Francisco Barros Dias, DJE 27/05/2010). 6- Apelação e remessa oficial improvidas. TRF5. APELREEX 200082000094430, Relator: Desembargador Federal Francisco Wildo, - Segunda Turma, julgado em 27/03/2012. Disponível em: [http://www.trf5.gov.br/archive/2012/04/200082000094430\\_20120402\\_4133909.pdf](http://www.trf5.gov.br/archive/2012/04/200082000094430_20120402_4133909.pdf). Confira-se, ainda, no

Note-se que o reconhecimento dessa garantia do conteúdo mínimo do direito já está tão difundido que o próprio Ministério Público comumente, ao pretender a remoção forçada por questões ambientais, cumula a esse pedido o de realocação dos envolvidos<sup>448</sup>. E, ainda quando esse pedido não é formulado, pode ele ser reconhecido de ofício pelo órgão julgador.<sup>449</sup>

Chega-se, por fim, ao **terceiro grupo** de perguntas onde se buscam identificar quais circunstâncias seriam capazes de influenciar relevantemente o sentido e a aplicação dos enunciados. Também aqui, as perguntas consideradas relevantes e pertinentes seguem abaixo numeradas.

1) *Há circunstâncias relevantes que interferem com a aplicação do enunciado (como condições de modo de exercício, tempo ou lugar)?* Já se teve oportunidade de afirmar que a jurisprudência costuma levar em consideração o tempo de permanência no local a fim de aferir a boa – fé dos titulares do direito à moradia nos casos em que se discute o dever estatal de realocar os removidos, em observância ao núcleo essencial do direito à moradia adequada. No mesmo sentido, também foi apontado como fato relevante quando se analisa a concessão de tutela antecipada para determinar a remoção por questão ambiental já no início do processo.

Cumpra agora indagar se o fato de as moradias estarem estabelecidas por longo lapso temporal na área de interesse ambiental assume algum protagonismo na ponderação entre os interesses em estudo.

Inicialmente, deve-se considerar que a permanência prolongada no local pode acarretar o atingimento de uma situação estável em relação ao ambiente. Seja porque atingiu-se um equilíbrio e a degradação ambiental cessou ou porque esta já se mostrou

---

mesmo sentido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na apelação cível nº 0000957-69.2010.8.26.0642, disponível em [https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=5267612&cdForo=0&uuiidCaptha=sajcaptcha\\_4d608c5f0f43464baec9b125f3e69821&v1Captha=YSF&novoVICaptha=](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=5267612&cdForo=0&uuiidCaptha=sajcaptcha_4d608c5f0f43464baec9b125f3e69821&v1Captha=YSF&novoVICaptha=).

<sup>448</sup> Foi o que se verificou no julgamento do REsp 1249683 / CE: “Na origem, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública, com pedido de liminar, em face do IBAMA e do Município de Caucaia/CE, requerendo: a) a remoção das pessoas que se instalaram em área de preservação permanente na margem esquerda do Rio Ceará, em Caucaia, e o assentamento dessas pessoas em área disponível do município; b) a demolição das edificações irregulares; c) a condenação do IBAMA na obrigação de fazer consistente em fiscalizar e proteger a área, evitando novas invasões e o agravamento da degradação ambiental, além de indenizar ou reparar os danos ali verificados.” Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=16465175&num\\_registro=201100889721&data=20110803&tipo=5&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=16465175&num_registro=201100889721&data=20110803&tipo=5&formato=HTML). No mesmo sentido o Recurso Especial nº 1.013.153 e [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4356774&num\\_registro=200702914181&data=20100630&tipo=5&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4356774&num_registro=200702914181&data=20100630&tipo=5&formato=HTML).

<sup>449</sup> Como fez o Tribunal Regional Federal da 4ª região na Apelação Cível nº 2005.04.01.020586-8/SC. Disponível em [https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&documento=2976263](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=2976263).

tão acentuada que não mais será possível a restauração ambiental. Atingiu-se aquilo que convencionou chamar-se de "*tipping point*" (ponto sem retorno).

Em ambas as hipóteses é aceitável admitir que estarão vedadas as remoções forçadas. Contudo, não pela ponderação entre os direitos envolvidos. Na verdade, nas hipóteses descritas ou não há mais violação ao direito ao ambiente (porque já se encontrou o equilíbrio) ou não há sequer interesse ambiental remanescente (ante a completa impossibilidade de restauração do bioma existente).

Na verdade, o que está em discussão aqui é a hipótese de instalação antiga de moradias em área de interesse ambiental que continuam a causar danos.

Não se pode admitir que esse fato seja completo indiferente. A permanência em uma mesma localidade cria uma teia de relações sociais que dão suporte a inúmeros outros direitos fundamentais<sup>450</sup>. A remoção forçada nesses casos trará uma vulneração muito mais grave aos envolvidos.

Contudo, não parece que esse fato possa assumir papel de destaque e ser decisivo em eventual solução a favor da permanência no local. Deverá a autoridade competente avaliar todos os fatores em questão (incluída aí a longa permanência no local e os danos mais graves suportados pelo eventuais removidos). Trata-se apenas de mais um fator a ser levado em consideração<sup>451</sup>, não gerando nenhuma espécie de direito adquirido. Foi como decidiu o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 808708<sup>452</sup>. Na hipótese se discutia a remoção de moradores da área demarcada pelo

<sup>450</sup> No capítulo 3, ao tratar das remoções forçadas, já se teve a oportunidade de analisar a violação que elas potencialmente causam aos direitos fundamentais relacionados, como o que comumente ocorre com os direitos à educação, trabalho, saúde e vida familiar.

<sup>451</sup> Nos autos da Apelação Cível nº 2010.029244-6 o Tribunal de Justiça de Santa Catarina utilizou o longo tempo de permanência no local como um dos argumentos a impedir a remoção no caso concreto: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APELO ADESIVO. INOVAÇÃO RECURSAL. RECURSO NÃO CONHECIDO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DEMOLIÇÃO DE CASA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (LOCALIDADE DE RATONES). IMÓVEL DE USO HABITACIONAL, CUJA PROPRIEDADE PERMANECE HÁ MAIS DE 100 ANOS COM A FAMÍLIA DO RÉU. AUSÊNCIA DE PROVA OBJETIVA DE USO DEGRADANTE OU DE OFENSA AO PATRIMÔNIO NATURAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA, QUE DETERMINA APENAS A REGULARIZAÇÃO DA OBRA. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REMESSA NECESSÁRIA. (...) Conquanto imprescindível a proteção do meio ambiente, não se mostra razoável a demolição de propriedade que, além de centenária, não revela, por sua existência, risco de degradação ambiental, contexto em que o discurso da precaução assume apenas apelo retórico, sem observar o primado da dignidade humana, sobretudo por desconsiderar a existência, no mesmo local, de modesta porém tradicional comunidade, sem prova de alteração do bioma local no decorrer da ocupação. (disponível em [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAG/FVAG&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAG/FVAG&categoria=acordao)).

<sup>452</sup> Assim se manifestou o Tribunal: “ (...) Datar a ocupação, construção ou exploração de longo tempo, ou a circunstância de ter-se, na origem, constituído regularmente e só depois se transformado em indevida, não purifica sua ilegalidade, nem fragiliza ou afasta os mecanismos que o legislador instituiu para salvaguardar os bens públicos. Irregular é tanto a ocupação, exploração e uso que um dia foram regulares, mas deixaram



Jardim Botânico, na cidade do Rio de Janeiro. A origem da ocupação fora regular, feita pelos trabalhadores do local ainda no período do Império. Com o tempo a área foi considerada de interesse ambiental, histórico e artístico e as moradias declaradas irregulares.

2) *Há circunstâncias relevantes que interferem com a aplicação do enunciado relativamente ao titular do direito?* Uma das questões mais sensíveis em relação ao tema estudado e enfrentada, muitas vezes, sem o devido rigor técnico deve ser discutida nesse ponto. É comum a afirmação, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, no sentido de que o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado é direito coletivo, devendo prevalecer sobre o direito individual à moradia adequada de uma pessoa ou de um grupo delas.

Quando do estudo acerca da identificação do enunciado normativo na técnica de ponderação (item 4.2.4.1), já se teve a oportunidade de analisar o equívoco dessa afirmação, uma vez que se está contrapondo o direito à moradia (particularizado) com o enunciado normativo que prescreve o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado. Na verdade, ao direito ao ambiente ecologicamente equilibrado abstratamente considerado deve se opor o enunciado normativo que prevê o direito fundamental social à moradia adequada, compreendido como o direito a ocupar com habitualidade/permanência um lugar como residência. O direito à moradia abstratamente considerado é inerente a qualquer ser humano (ainda que não se concretize na prática), o que faz cair por terra essa análise de prevalência do direito ao ambiente por ser de titularidade difusa.

Superada essa primeira objeção de ordem teórica, subsiste a questão de que as normas extraídas dos enunciados normativos para o caso concreto podem afetar um número maior ou menor de pessoas.

E é justamente ao analisar esse aspecto que, não raras vezes, se verifica a adoção do argumento tão sedutor quanto simplista de que o interesse de um número maior de pessoas deverá sempre prevalecer sobre o interesse de outras poucas.<sup>453</sup>

---

de sê-lo, como os que, por nunca terem sido, não podem agora vir a sê-lo.” Recurso Especial 808708, disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200600060728&dt\\_publicacao=04/05/2011](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600060728&dt_publicacao=04/05/2011).

<sup>453</sup> É essa, por exemplo a abordagem feita pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no julgamento da Apelação Cível nº 2005.001.03660, onde se privilegia o direito ao ambiente e se reduz o direito à moradia adequada, que é classificado como “eventual direito coletivo à moradia de alguns”. (TJRJ, 5ª Câmara Cível, Comarca do Rio de Janeiro, Relator: Desembargador Antonio César Siqueira, julgamento em 07.06.2005. Disponível em

Contudo, há que se atentar para o fato de que se está tratando de direitos fundamentais, que devem ser considerados “trunfos contra as maiorias”, conforme lapidar lição de Jorge Reis Novais.<sup>454</sup>

Para o referido autor, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o fundamento da concepção dos direitos fundamentais como trunfos, na medida em que garante uma esfera de autonomia e liberdade individuais intocáveis pelo Poder Público.<sup>455</sup>

Trata-se da oposição entre o princípio democrático (que privilegia a deliberação da maioria) e o princípio do Estado de Direito, que nada mais é que o Estado limitado pelos direitos fundamentais.<sup>456</sup>

Ainda segundo NOVAIS, a teoria dos direitos fundamentais como trunfos “Assente e reinterpretada à luz do princípio da igual dignidade da pessoa humana, [ela] não se confina aos direitos políticos, mas é extensiva a todos os direitos fundamentais (incluindo os direitos sociais)”.<sup>457</sup>

Sob o argumento principal da primazia do princípio da dignidade da pessoa humana, a doutrina vem negando a própria existência de um princípio da supremacia do interesse público<sup>458</sup>. Nesse sentido BINENBOJM destaca o divórcio entre uma regra clara de prevalência (do interesse público) e a aplicação gradual típica dos princípios proporcionada por seu caráter abstrato. Prossegue o autor que não se pode admitir a existência desse princípio porque ele é em si incompatível com os postulados normativos da proporcionalidade e da concordância prática.<sup>459</sup>

Admitir que a existência de interesse público seria uma regra de prevalência absoluta impediria, por completo, qualquer ponderação entre a moradia adequada e o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado.

Contudo, a afirmação de que os direitos fundamentais representam uma garantia contra a vontade majoritária não significará que essa deva necessariamente

---

<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000316CFB1515E86E05BB2871EA124C22B7C0A37C323244A>.

<sup>454</sup> A expressão é trazida pelo autor invocando as lições de Ronald Dworking na obra *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 7.

<sup>455</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.p. 30/31.

<sup>456</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 33.

<sup>457</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos...*, cit., p. 33.

<sup>458</sup> Cfr. ÁVILA, Humberto Bergman. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista Trimestral de Direito Público* nº 24, 1998, p.p. 159/180.

<sup>459</sup> BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *In Revista de direito Administrativo*, nº 239. Jan/Mar 2005. Rio de Janeiro, pp. 14/16.

sucumbir. Nas palavras de NOVAIS que se pede vênia para transcrever: “A decisão da maioria democrática pode, é certo, acabar por prevalecer sobre o interesse jusfundamentalmente protegido, pois, como assinala justamente WALORON, quando ocorre um desacordo envolvendo direitos fundamentais não há nenhuma razão que determine que a maioria esteja necessariamente certa ou que esteja necessariamente equivocada sobre essa questão. Porém, o fundamento da eventual prevalência da posição da maioria não reside no argumento maioritário - precisamente porque os direitos fundamentais são constitucionalmente reconhecidos como direitos contra a maioria -, mas sim no resultado de uma ponderação de bens desenvolvida à luz dos parâmetros constitucionais e através da qual se atribua a um outro bem igualmente digno de protecção, em circunstâncias em que essa compressão seja exigível, uma relevância susceptível de justificar a restrição do direito fundamental.”<sup>460 461</sup>

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 403.190/SP<sup>462</sup> tomou decisão que parece acertada, valendo-se de fundamento equivocado. Na hipótese julgava-se a possibilidade de remoção forçada de grande quantidade de pessoas que habitavam o entorno do Reservatório *Billings* - que serve de água grande parte da cidade de São Paulo. Constatou-se que a presença das residências no local causara assoreamentos e destruição da mata atlântica local. O Tribunal acertadamente decidiu pela necessidade de remoção forçada das pessoas com moradias ali instaladas, considerando o fato de que a degradação ambiental traria graves e irreparáveis prejuízos a um grande número de pessoas que dependiam daquele manancial para o abastecimento de água doce. O dano ambiental de tal magnitude deve ser considerado como motivo suficiente para a remoção das moradias do local. Contudo, essa solução passa pela análise das circunstâncias concretas apresentadas.

Não obstante, ficou consignado na decisão que “No conflito entre o interesse público e o particular há de prevalecer aquele em detrimento deste quando impossível a

<sup>460</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais: trunfos..., cit., p. 33.

<sup>461</sup> No julgamento do Agravo de Instrumento n. 0006843-46.2011.404.0000/RS o Tribunal Regional da 4ª Região, acertadamente, avaliou a questão levando em consideração suas características concretas, não partindo de um pressuposto de prevalência da maioria: “A solução que ora se alvitra, não é demais repisá-lo, é meramente *ad hoc*, sem pretensão a sua universalização. As circunstâncias especialíssimas da hipótese autorizam o manejo da razoabilidade, que faz prevalecer pontualmente o interesse individual sobre o interesse coletivo do meio ambiente intocado.” Disponível em <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF402178644>.

<sup>462</sup> Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200101251250&dt\\_publicacao=14/08/2006](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200101251250&dt_publicacao=14/08/2006).

conciliação de ambos”. Conforme já amplamente demonstrado, essa premissa abstrata e absoluta não pode ser aceita.

Outro aspecto que deve ser discutido no que diz respeito às circunstâncias que envolvam os titulares do direito, é a condição social e econômica dos mesmos.

Quando o ocupante de habitação que esteja em desconformidade com o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado for pessoa de razoável condição social e econômica é forçoso reconhecer que a sua remoção do local trará pouca ou nenhuma compressão do seu direito à moradia adequada, que será regularmente exercido em outro local.<sup>463</sup> Em regra, não caberá nessas hipóteses a alegação de violação ao direito à moradia a fim de evitar a remoção forçada (o que não impedirá, por óbvio, a oposição de outros argumentos porventura existentes).

Por outro lado, quanto maior o grau de hipossuficiência do titular do direito à moradia adequada, mais relacionado com o seu conteúdo mínimo estará qualquer restrição a esse direito. Não se trata da adoção de postura paternalista mas, antes, de uma visão acerca dos direitos fundamentais mais responsável e conectada com a realidade.

Assim, as condições econômicas e sociais dos titulares do direito à moradia adequada sujeitos à remoção forçada por questões ambientais constituem fator relevante na ponderação entre os direitos fundamentais em questão.<sup>464</sup>

3) *Há circunstâncias relevantes que interferem com a aplicação do enunciado relativamente àqueles que estão obrigados a respeitar os direitos por ele outorgados?* A última pergunta que se entende relevante dentro do roteiro proposto

<sup>463</sup> No julgamento da APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001715-20.2004.404.7201/SC o Tribunal Regional Federal da 4ª Região considerou relevante o fato de os ocupantes da área de interesse ambiental possuírem condição econômica privilegiada: “EMENTA: AGRAVO LEGAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO AMBIENTAL. EXPLORAÇÃO INDEVIDA DE TERRENO DE MARINHA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DEMOLIÇÃO DA MORADIA E BENFEITORIAS ERIGIDAS. NECESSIDADE. GARANTIA DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. OBRIGAÇÃO DE REPARAR A ÁREA VIOLADA. (...) **Além do que, consoante elementos dos autos, os réus ostentam condição financeira acima da média da população, logo, não há falar sequer em prejuízo ao direito de moradia.**” Disponível em [https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&documento=3960919](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=3960919).

<sup>464</sup> Nesse sentido é a lição de RAUPP: “Contudo, na ponderação entre os valores, a importância da proteção ao meio ambiente não prevalece sobre a garantia da habitação aos moradores materialmente carentes, tendo em vista a impossibilidade de, no caso concreto, provê-los de outro lugar para residir, ainda que temporariamente.” RAUPP, Daniel. Moradia versus meio ambiente: colisão de direitos fundamentais. In: Paulo Afonso Brum Vaz; Ricardo Teixeira do Valle Pereira. (Org.). Curso Modular de Direito Administrativo. 1ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 569. Nos autos da Apelação Cível 0004307-40.2004.404.7200, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região considerou as precárias condições financeiras e físicas da moradora para, na ponderação com o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, impedir a remoção forçada. Disponível em [https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&documento=3713020](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=3713020).

permite debater uma questão relacionada com aqueles que estão obrigados a respeitar os direitos.

Não restam dúvidas que todos estão vinculados ao respeito às normas ambientais.

Contudo, ao tratar do direito à moradia adequada, um dos aspectos apontados como necessários à sua realização é a sua adequação cultural. A moradia deve respeitar os traços culturais de seus titulares, sob pena de não se revelar adequada.

Assim, há situações em que aquele que deve respeitar o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado não poderá fazê-lo de forma absoluta em razão de particularidades culturais que possui.

Com efeito, é possível que a realização de seu direito à moradia adequada – inclusive em seu aspecto cultural- somente poderá ser efetivado em regiões de interesse ambiental. Tal fato deve ser considerado relevante à ponderação que se realizar, pois a remoção para outro local terminaria por gerar uma compressão desproporcional daquele direito. Trata-se de particularidade em relação à pessoa que assume importância decisiva nessa ponderação.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de afirmar que “A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado "princípio da proporcionalidade", quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo. (...) Há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de "conservação" e "preservação" ambiental.”<sup>465</sup>

Conclui-se esse capítulo com a advertência de que os parâmetros construídos pela ponderação em abstrato, sejam eles gerais ou particulares, possuem natureza preferencial e não absoluta.<sup>466</sup>

Como se viu, todo e qualquer *standard* que se pretenda construir acerca do tema estará sempre condicionado à verificação de sua aplicabilidade ao caso concreto, considerando que a variabilidade do fenômeno social e a íntima relação de ambos os

---

<sup>465</sup> Supremo Tribunal Federal. Petição 3388. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HABITA%C7%C3O+E+AMBIENTE%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yc725ydr>.

<sup>466</sup> Barcellos, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade..., cit., p. 278.

direito estudados com o princípio da dignidade da pessoa humana fazem com que muitas variáveis relevantes devam sempre ser consideradas.

## CONCLUSÃO

Ao concluir esse estudo é possível apresentar uma síntese das proposições formuladas ao longo do texto, que seguem sequencialmente numeradas:

1) Com o término da segunda guerra mundial generalizou-se a previsão do direito à moradia adequada nos textos constitucionais, notadamente em razão da necessidade de reconstrução dos territórios devastados. Nesse contexto, a maioria das constituições modernas – incluindo-se aí a brasileira e a portuguesa - trazem previsão explícita desse direito.

2) O direito à moradia adequada deve ser entendido como o direito a ocupar com permanência e habitualidade um local, com a finalidade de moradia. Contudo, não pode se considerar satisfeito esse direito com a simples existência de um teto, devendo a moradia ser considerada adequada. Será adequada a moradia que permitir o desenvolvimento dos direitos fundamentais correlatos, devendo o local ser apto a garantir condições de dignidade, segurança, intimidade, higiene, conforto e saúde à unidade familiar que o habite.

3) Apontaram-se as seguintes características que devem ser atendidas pela moradia para que se considere adequada: segurança legal da posse, disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura, economicidade, habitabilidade, acessibilidade, localização adequada e adequação cultural.

4) O direito à moradia adequada possui natureza jurídica de direito fundamental social, aplicando-se lhe o regime próprio aos direitos econômicos sociais e culturais. Apesar das visões distintas acerca desses direitos e efeitos jurídicos por ele produzidos, não se nega aos direitos fundamentais sociais em geral – e ao direito à moradia adequada em especial – a produção de efeitos em seu aspecto defensivo (ou negativo) e até mesmo a possibilidade de pleitear prestações estatais na defesa de seu conteúdo mínimo, a fim de garantir a observância do princípio da dignidade da pessoa humana.

5) Entende-se por direito ambiental o conjunto de regras e princípios que regulam a atividade humana que afetem a sanidade do ambiente de forma direta ou indireta, visando a sua sustentabilidade para as presentes e futuras gerações. Majoritariamente, considera-se que é ramo autônomo do direito, dotado de princípios próprios, embora seja forçoso reconhecer-lhe íntima relação de interdependência com

inúmeros outros ramos do direito. O direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, em que pesem as divergências a respeito, pode ser considerado um direito fundamental que assumirá caráter de direito subjetivo, no que diz respeito a seu aspecto defensivo ou negativo.

6) O princípio do desenvolvimento sustentável deve ser considerado como princípio central do direito ambiental, o que indica que o desenvolvimento econômico e social deve ser alcançado em harmonia com a sustentabilidade das condições ambientais, que devem ser preservadas em benefício das gerações atuais e futuras.

7) Entende-se por remoção forçada o afastamento involuntário de uma pessoa ou um grupo de pessoas, de suas casas ou terras, imputável direta ou indiretamente ao Estado, tendo como consequência a impossibilidade de permanência no local, podendo haver, ou não, sua realocação. Elas não podem ser compreendidas como um fenômeno isolado, mas, antes, devem ser coletivamente consideradas, já que existe um arcabouço jurídico que lhes é comum. Consideradas *a priori* contrárias ao ordenamento jurídico, configuram-se violadoras de direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo, nada impede que, em algumas hipóteses específicas, elas sejam levadas a cabo em completa observância dos direitos fundamentais dos cidadãos, hipóteses em que serão reconhecidas como lícitas.

8) Partindo-se da premissa de que há conflitos entre princípios constitucionais, o princípio da unidade da constituição obriga que o intérprete busque a solução que melhor os harmonize e, na impossibilidade de compatibilização completa, adote aquela que imponha menor grau de compressão aos princípios constitucionais.

9) Os critérios clássicos para a solução de antinomias normativas – cronológico, da especialidade e hierárquico – revelam-se insuficientes para a solução da colisão de princípios constitucionais. Nesse contexto, a técnica da ponderação de princípios surge como a mais adequada a este fim.

10) É possível descrever o método da ponderação como um processo em três etapas. Em primeiro lugar são identificadas as normas em conflito. Após, serão analisadas as circunstâncias concretas do caso e seus reflexos sobre os elementos normativos. Por fim, serão apurados os pesos que devem ser atribuídos aos diferentes elementos em disputa, a fim de definir qual o grupo de normas deve prevalecer e em qual intensidade, devendo a solução ser aquela que mais atenda ao princípio da dignidade da pessoa humana e também resistir ao teste da proporcionalidade em seus três aspectos.



11) O princípio da proporcionalidade, que vincula o legislador, a administração e a jurisdição, pode ser decomposto em três subprincípios de aplicação sucessiva e subsidiária: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Adequação é a aptidão da medida adotada para produzir os fins pretendidos. Essa medida deve ser idônea, ao menos em tese, a produzir a finalidade a que se propõe ou ao menos fomentá-la. O subprincípio da necessidade ou exigibilidade indica que o poder público, entre as alternativas possíveis, deve adotar a medida menos gravosa para atingir a finalidade pretendida. Já a racionalidade ou proporcionalidade em sentido estrito, indica que deverá o intérprete realizar juízo de valor e identificar se os benefícios obtidos são superiores às restrições impostas.

12) Há dois níveis possíveis de análise quando se trata de ponderação: a ponderação em abstrato e a ponderação em concreto ou *ad hoc*. Nesta segunda, a análise é feita diante do caso concreto, considerando todas as suas características e peculiaridades, buscando uma solução específica para a hipótese. Ao contrário, a ponderação em abstrato é exercício prévio, onde se pretende a criação de *standards* que servirão para balizar futuras ponderações de hipóteses semelhantes. Esses *standards* serão chamados de parâmetros gerais, quando forem relacionados com qualquer ponderação e aplicáveis à generalidade dos casos; parâmetros particulares serão aqueles construídos para hipóteses específicas em que determinados princípios comumente se contrapõem.

13) Na colisão entre uma regra e a área não nuclear de um princípio, aquela deverá prevalecer. Foi o que se chamou de primeiro parâmetro geral da ponderação, aplicável, a princípio, à generalidade dos casos, cabendo ao aplicador afastá-lo, se for o caso.

14) A dimensão substantiva da técnica da ponderação de interesses indica que a solução adequada deve ser aquela que produza resultados humanísticos superiores, devendo prevalecer a solução que privilegie o princípio da dignidade da pessoa humana. Esse é o segundo parâmetro geral ou preferencial do método da ponderação, também aplicável à quase totalidade das hipóteses.

15) Para sistematizar a técnica da ponderação é possível dividi-la em três etapas (que são, a princípio, sucessivas): identificação dos enunciados normativos e das normas por eles reveladas que se encontram em tensão; seleção dos aspectos fáticos relevantes; etapa decisória.

16) É perfeitamente possível a colisão entre moradia adequada e direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, não sendo inviável se afirmar que toda a

moradia que não cumpra sua função ambiental é, *a priori*, ilícita. Trata-se de hipótese em que o cumprimento da função social (da posse ou da propriedade) através da moradia gera um descumprimento da respectiva função ambiental.

17) É de central importância a conclusão de que não há hierarquia entre o direito à moradia adequada e ao ambiente ecologicamente equilibrado (como não há entre os princípios constitucionais em geral), cabendo à análise casuística a decisão sobre qual deles deverá prevalecer e em qual medida.

18) É seguro afirmar que doutrina e jurisprudência ainda não criaram *standards* (ou parâmetros especiais) suficientemente claros e definidos acerca da colisão entre moradia adequada e ambiente ecologicamente equilibrado. Mas é possível identificar alguns pontos que já foram objeto de reflexão doutrinária ou jurisprudencial a partir dos quais é possível que se venham a construir parâmetros especiais para a hipótese, após amplo debate e sedimentação de ideias e valores. Esses pontos podem ser aqui referidos como sugestões de parâmetros especiais para a hipótese em estudo. Foram formuladas as sugestões a seguir descritas.

19) O direito à moradia adequada e ao ambiente ecologicamente equilibrado são direitos fundamentais sociais, veiculados através de enunciados normativos dos quais não se podem extrair efeitos concretos e específicos, trazendo verdadeiros mandados de otimização dos quais se podem extrair um grande número de normas, razão pela qual se conclui que são princípios constitucionais.

20) A dimensão negativa (ou defensiva) desses direitos é imediatamente exigível e a sua correta compreensão é suficiente à solução da hipótese em estudo, sendo inadmissível qualquer alegação de que os enunciados normativos envolvidos tratam apenas de direções e objetivos indicados pelo legislador constituinte. Há um dever geral de abstenção plenamente exigível que obriga a todos – particulares e Estado – a respeitarem os direitos à moradia adequada e ao ambiente ecologicamente equilibrado.

21) A princípio, se o dano ambiental for apenas futuro e incerto, a simples aplicação do princípio da precaução não pode dar ensejo à remoção forçada de moradias, sendo admissível outras compressões menos drásticas a esse direito.

22) Não será viável a remoção forçada na hipótese em comento, caso o Poder Público não demonstre a violação ao direito ao ambiente ecologicamente equilibrado no bojo de um procedimento administrativo dotado de mecanismos de consulta à população afetada, de publicidade e que permita aos afetados o exercício do

contraditório, através de instâncias de negociação e mediação dos conflitos, com a participação de instituições essenciais à função da justiça, como a Defensoria Pública e Ministério Público. Também inadmissível a decisão pela manutenção das moradias em área ambientalmente protegida antes de parecer técnico que mensure o tamanho do dano ambiental correspondente e sua possibilidade de recuperação.

23) É desaconselhável a concessão de medida liminar em processo judicial no qual se discuta a possibilidade de remoção forçada, fundada em questões ambientais, salvo na hipótese em que se demonstre alguma urgência extraordinária na tutela do ambiente. Não se pode vulnerar o direito à moradia adequada antes de uma cognição exauriente, mormente quando se tratar de um número grande de pessoas que habitem o local há razoável tempo. Trata-se da exigência de que os atos do poder público se pautem no respeito à dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e razoabilidade.

24) Não é cabível pretender a manutenção da moradia em um local de interesse ambiental ao argumento de que há outras pessoas na mesma situação. O direito à igualdade não socorrerá os moradores, pois, caso se considere a ocupação contrária ao ordenamento jurídico, é incabível a alegação de isonomia na ilicitude.

25) Em se tratando de removidos especialmente vulneráveis – entre os quais se incluem os social e economicamente fragilizados - caso a conclusão seja pela necessidade de remoção, deverá o poder público apresentar um plano alternativo, desde que a ocupação não seja recente. Deve ser garantida a remoção para outra localidade ou a inclusão em programa social que permita ao removido a manutenção de sua moradia e, consequentemente, sua dignidade.

26) Contudo, diante da situação oposta, quando o morador gozar de condição econômica privilegiada, não poderá alegar violação ao seu direito à moradia adequada, por eventual remoção forçada, fundada em questão ambiental, que irá se realizar em outro local .

27) O fato de as moradias já estarem estabelecidas por longo período no local não confere aos moradores o direito de permanência, sendo apenas mais um dos fatores que devem ser analisados.

28) A titularidade difusa do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado não o coloca como prioritário em relação ao direito à moradia adequada, mormente porque os direitos fundamentais devem ser considerados como trunfos contra a maioria. Assim, o número de pessoas diretamente interessadas e afetadas pela questão é apenas mais um dos fatores que deve ser levado em consideração na hora da ponderação.

29) O aspecto cultural relacionado à moradia é bastante relevante e pode ser determinante para impedir a remoção forçada por questões ambientais. É o que ocorre, exemplificativamente, com as populações indígenas.

## Encerramento

O presente estudo buscou analisar os aspectos constitucionais da colisão e consequente compressão parcial dos direitos à moradia adequada e ao ambiente ecologicamente equilibrado.

Por se tratarem de direitos intimamente relacionados com a dignidade da pessoa humana e ao direito à vida, não são raras as vozes que surgem para sustentar a prevalência – abstratamente considerada - de um dos princípios em questão. E ambos os lados, na maioria das vezes, invocam argumentos semelhantes para justificar suas posições.

Justamente em razão disso, o rigor metodológico no enfrentamento da questão se faz necessário, lançando luzes aos conceitos envolvidos e diminuindo o campo que permita a livre argumentação e convencimento.

A proposta de utilização do método da ponderação de interesses traz consigo essas vantagens, aliadas ao fato de que se trata de método afeto às questões principiológicas.

A principal conclusão a que se chega é a da impossibilidade de se estabelecer a prevalência, *a priori*, de algum dos princípios em discussão, devendo a questão ser remetida ao caso concreto através da ponderação dos princípios envolvidos.

Como assevera AMADO GOMES, “A espécie humana tem um natural ascendente sobre as outras espécies, naturais e vegetais. Porém, isso não significa que seja “dona do mundo”, mas apenas investe o Homem num estatuto de habitante privilegiado do planeta. Isso não o desresponsabiliza, antes o investe num especial dever de preservação do meio ambiente — que não implica, obviamente, prescindir da utilização dos recursos naturais em nome da sua intangibilidade, o que seria totalmente irrealista.”

Assim, não se pode priorizar o direito à moradia adequada ou o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado. Tanto a visão utilitarista do ambiente quanto o ecocentrismo, se levados ao extremo, podem conduzir a graves distorções. Melhor será adotar sempre o caminho moderado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, João Maurício Martins de. A moradia informal no banco dos réus: discurso normativo e prática judicial. In Revista Direito GV, jul-dez 2011, São Paulo, pp. 391/416;

ALEXANDRINO, José de Melo. Direitos fundamentais: introdução geral. 2ª ed. Estoril: Príncípa, 2015;

\_\_\_\_\_. Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana : um esboço traçado a partir da variedade de concepções. In: Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. Org. António Menezes Cordeiro, Pedro Pais de Vasconcelos, e Paula Costa e Silva. Coimbra: Almedina, 2008. 1ºv., p. 481-511;

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n.217, jul./ set.1999, p.p. 67/79;

\_\_\_\_\_. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993;

ALFONSIN, Betânia. O Estatuto da Cidade e a construção de cidades sustentáveis, justas e democráticas. Fórum de direito urbano e ambiental. v. 1, nº 5, Belo Horizonte, set./out. 2002, p.p. 453–465;

AMADO GOMES, Carla. Ambiente (Direito do). In: Textos dispersos de Direito do Ambiente. Lisboa, 2005, p. 73 segs;

\_\_\_\_\_. Constituição e ambiente: Errância e simbolismo. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.9, n.17, Janeiro/Junho de 2012, p.p. 9/29;

\_\_\_\_\_, Carla. Direito à informação ambiental: velho direito, novo regime. Revista do Ministério Público nº 109, ano 28, Jan – mar 2017, p.p.5/21;

\_\_\_\_\_. Escrever verde por linhas tortas: o direito ao ambiente na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. In: AMADO GOMES, Carla. O tempo e os direitos humanos: entre a eficácia pretendida e a conquistada. Lisboa: Academia Brasileira dos Direitos Humanos, 2009;

\_\_\_\_\_. Introdução ao direito ao ambiente. 2ª edição. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014;

\_\_\_\_\_. O ambiente como objecto e os objectos do Direito do Ambiente. *In* Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente, nºs 11/12, 1999, p.p. 43/61;

\_\_\_\_\_. Participação pública e defesa do ambiente: um silêncio crescentemente ensurdecedor. Monólogo com jurisprudência ao fundo. Cadernos de justiça administrativa, nº 77. Setembro/outubro 2009, p.p. 3/15;

AMARAL, Augusto Ferreira do. A jurisprudência portuguesa no domínio do direito do ambiente. *In* Direito do Ambiente. Organizadores: AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Marta Tavares de. Oeiras: Instituto Nacional de Administração, 1994, p.p. 449/478;

AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Marta Tavares de. Direito do Ambiente. Oeiras: Instituto Nacional de Administração, 1994;

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2001;

ANTHONY, Constance G. Urban Forced Removals in Rio de Janeiro and Los Angeles: North-South Similarities in Race and City. Miami: University of Miami Inter-American Law Review, Vol. 44, nov./2013, p.p. 336/364;

ANTUNES, Luís Felipe Colaço. Para uma tutela jurisdicional dos interesses difusos. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, v. LX, 1983, p.p. 191/221;

ANTUNES, Paulo de Bessa. Curso de Direito Ambiental. 6ª ed. Rio de Janeiro. Renovar: 2002;

\_\_\_\_\_. Direito Ambiental. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;

\_\_\_\_\_. Direito Ambiental: Aspectos Fundamentais. In FARIAS, Talden; COUTINHO, Francisco Seráfico da Nóbrega (Coord.). Direito ambiental: o meio ambiente e os desafios da contemporaneidade. Belo Horizonte : Fórum, 2010. p.p. 161/194;

\_\_\_\_\_. Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA: Comentários à Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005;

AQUINO, Vinicius Salomão de. Direito ambiental II. Organização CONPEDI/UFPB; Coordenadores: Flavia de Paiva Medeiros de Oliveira, Norma Sueli Padilha, Beatriz Souza Costa. – Florianópolis : CONPEDI, 2014, p.p. 137/166;

ARAÚJO, Giselle Marques de. Função Ambiental da Propriedade: uma Proposta Conceitual. Revista Veredas do Direito, Belo Horizonte, Janeiro/Abril de 2017, v.14, n.28;

ÁVILA, Humberto Bergman. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Revista Trimestral de Direito Público nº 24, 1998, p.p. 159/180;

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2005;

AYALA, Patryck de Araújo. Deveres ecológicos e regulamentação da atividade econômica na Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato. Direito constitucional ambiental brasileiro. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010;

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria da imprevisão e revisão judicial nos contratos. In Revista dos Tribunais. São Paulo. V. 85, n. 733, 1996;

AZEVEDO, Lena e FAULHABER, Lucas. SMH 2016: remoções no Rio de Janeiro Olímpico. 1ª ed., Mórula, Rio de Janeiro, 2015;

BACHOFF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais? Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Edições Almedina. Reimpressão PROL Editora, 2008;

BARBER, Rebecca J. Protecting the Right to Housing in the Aftermath of Natural Disaster: Standards in International Human Rights Law. In Oxford University Press 05/07/2008. pp. 432/468;

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. *In* A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Organizador Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.p. 49/118;

\_\_\_\_\_. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In* A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Organizador Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.p. 327/379;

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 14, n. 76, nov./jun. 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/52440>>. Acesso em 21/01/2018;

\_\_\_\_\_. Interpretação e aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 1999.

BERAT, Lynn. The Constitutional Court of South Africa and Jurisdictional Questions: In The Interest of Justice? In ICON – International Journal of Constitutional Law, Vol. 3, nº 1, 2005, pp. 39-76;

BIAGI, Cláudia Perotto. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional Brasileira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editora, 2005;



BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In *Revista de direito Administrativo*, nº 239. Jan/Mar 2005. Rio de Janeiro, p.p. 1/31;

BLUMERT, Jessica. Home Games: Legal Issues Concerning The Displacement Of Property Owners At The Site Of Olympic Venues. In *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 2013, vol. 21, pp. 153 e seguintes;

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior, trad. Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Cláudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995;

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005;  
BOUAZZA ARIÑO, Omar. Medio ambiente e intimidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Ambienta: la revista del Ministerio de Medio Ambiente*, n. 113, diciembre 2015, pp. 92/107;

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, volume I, Coimbra: Coimbra Editora. 4ª Ed.. 2007;

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed., 16ª reimp. Coimbra: Almedina. 2003;

CAPELLA, Vicente Bellver. Ecología: de las razones a los derechos. Granada: Comares, 1994;

CARVALHO FILHO, José Dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 18ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007;

CAVEDON, Fernanda de Salles. Função social e ambiental da propriedade. Florianópolis: Visualbooks. 2003;

CHAUDHRY, Shivani. Development-Induced Displacement and Forced Evictions. In *Incorporating the Guiding Principles on Internal Displacement into Domestic Law: Issues*

and Challenges. Walter Kälin, Rhodri C. Williams, Khalid Koser, e Andrew Solomon. Ed. The American Society of International Law: 2010, p.p. 591/645;

CLÈVE, Clèmerson Merlin ; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: Sérgio Sérulo da Cunha; Eros Roberto Grau. (Org.). Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003, p.p. 231/243;

COELHO JÚNIOR, Lauro. Intervenções nas áreas de preservação permanente em zona urbana: uma discussão crítica acerca das possibilidades de regularização. Custos Legis. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Disponível em [http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista\\_2010/2010/aprovados/2010a\\_Tut\\_Col\\_Laur\\_o.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2010/2010/aprovados/2010a_Tut_Col_Laur_o.pdf). Acesso em 24/04/18;

CORREIA, Fernando Alves. Manual de direito do urbanismo. Vol. 1, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2004;

COSTA, Carlos Magno Miqueri da. Direito urbanístico comparado. Planejamento urbano. Das constituições aos tribunais luso – brasileiros. Juruá. Curitiba, 2009;

COSTA, Rafael Santiago. a intrincada relação entre os direitos à moradia e ao meio ambiente equilibrado. Fórum de Dir. Urbano e Ambiental – FDU, Belo Horizonte, ano 12, n. 68, mar./abr. 2013, p.p. 62/71;

COURTIS, Christian. (Compilador). *Ni Un Paso Atrás. La Prohibición de Regresividad en Materia de Derechos Sociales*. 1ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006;

DÉJEANT-PONS, Maguelonne; PALLEMAERTS Marc. Human rights and the environment. Compendium of instruments and other international texts on individual and collective rights relating to the environment in the international and European framework. Germany: Council of Europe Publishing, 2002;

DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. São Paulo: Max Limonad. 1997;

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010;

\_\_\_\_\_. The judge's new role: should personal convictions count? *Journal of international criminal justice*, nº1. Oxford University Press, 2003, p.p. 4/12;

ESSER, Josef. *Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução por Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: BOSCH casa editorial. 1961;

FERNANDES, Edésio. Preservação ambiental ou mora dia? Um falso conflito. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 356-358;

FERREIRA, Carlos Renato de Azevedo. Dignidade humana e o direito à moradia: garantia constitucional e segurança jurídica. In *Tratado Luso – Brasileiro da dignidade humana*. Coordenação: Jorge Miranda e Marco Antônio Marques da Silva. São Paulo: Quartier Latin. 2008, p.p. 959/968;

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no direito ambiental*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008;

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de direito constitucional*, 26ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999;

FITTIPALDI, Mariana. A judicialização do conflito entre o direito ao meio ambiente e o direito à moradia nas cidades: uma análise das decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro sob a perspectiva do direito à cidade. In *Congresso Internacional de Direito Ambiental (10.: 2006 : São Paulo, SP) - International Conference on Environmental Law*. Direitos humanos e meio ambiente - Human rights and the environment / org. Antonio Herman Benjamin. São Paulo : Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006. p.p. 739/754;

FOSCARINIS, Maria e PAUL, Brad e PORTER, Bruce e SCHERER, Andrew. *The Human Right to Housing: Making the Case, in U.S. Advocacy, Clearinghouse REVIEW Journal of Poverty Law and Policy*, Nova Iorque, 2004, pp. 97 – 114;

FRANCO, Antonio Souza. Ambiente e desenvolvimento. Enquadramento e Fundamentos do Direito do Ambiente. In *Direito do ambiente: Comunicações apresentadas no Curso realizado no Instituto Nacional de Administração [de] 17 a 28 de Maio de 1993 / coordenação de Diogo Freitas do Amaral, Marta Tavares de Almeida*. Oeiras : INA, 1994;

GARCIA, Francisco Jimenez. *Tomarse en serio el derecho internacional de los derechos humanos. Especial referencia a los derechos sociales, el derecho a la vivienda y la prohibición de los desalojos forzosos*. In *Revista Española de Derecho Constitucional*. nº. 101, 2014, pp. 79-124;

GARGARELLA, Roberto y MAURINO, Gustavo, *Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del TSJC*. In *Lecciones y Ensayos*, nº 89. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2011, p.p. 329/335;

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1ª ed. 2005;

GIORDANI, José Acir Lessa. *Curso Básico de Direito Civil - Direito das Coisas - Tomo I - Introdução e Posse*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. v. 1;

GOLAY, Christophe; CISMAS, Ioana. *The right to property from a human rights perspective*. *Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights*. 2010. Disponível em <http://www.geneva-academy.ch/docs/publications/ESCR/humanright-en.pdf>. Acesso em 02/09/2015;

GOLAY, Christophe; ÖZDEN, Melik. THE RIGHT TO HOUSING. A fundamental human right affirmed by the United Nations and recognized in regional treaties and numerous national constitutions. Part of a series of the Human Rights Programme of the Europe-Third World Centre (CETIM), disponível em <http://www.cetim.ch/en/documents/bro7-log-A4-an.pdf>;

GONDIM, Linda Maria de Pontes. Meio ambiente urbano e questão social: habitação popular em áreas de preservação ambiental. Salvador: Caderno CRH , v. 25, n. 64, Jan./Abr. 20, p.p. 115/130;

GRINOVER, Ada Pelegrini. Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1998. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990;

GUIGLIA, Giovanni. *Il diritto all'abitazione nella carta sociale europea: a proposito di una recente condanna dell'italia da parte del comitato europeo dei diritti social. In Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, nº3, 19/07/2011;

HENKES, Silviana L. Colisão de direitos fundamentais: meio ambiente ecologicamente equilibrado e acesso à moradia em áreas protegidas. *In Congresso Internacional de Direito Ambiental* (10.: 2006 : São Paulo, SP) - International Conference on Environmental Law. Direitos humanos e meio ambiente - Human rights and the environment / org. Antonio Herman Benjamin. São Paulo : Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006, p.p.865/882;

HOHMANN, Jessie. *The Right to Housing. Law, Concepts, Possibilities*. 1ª ed., Hart Publishing Ltd ,Portland, 2013;

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes. W.W. Norton & Company, Nova Iorque, 1999;

IGLESIAS, Sergio e SOUZA, Nunes de. Direito à moradia e de habitação. Análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3ª ed. 2013;

KABIR, Abul Hasnat Monjurul. *Development and human rights: litigating the right to adequate housing. In Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law. Kluwer Law International*, Holanda, 2002, pp. 97/119;

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998;

KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. *Guide to international environmental law*. Leiden/Boston: Martinus Hijhoff Publishers, 2007;

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008;

LISBOA, José Herbert Luna. Direito à moradia e ao meio ambiente equilibrado: ponderação entre direitos internacionais dos direitos humanos. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5177, 3 set. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59593>>. Acesso em: 17 jan. 2018;

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In *Revista de Informação Legislativa*, nº 164. Brasília, out./dez. 2004, pp. 7/16;

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 17ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009;

MARÇAL, Thaís Boia. *Direito fundamental social à moradia*. 1ª ed., Lerfixa Editora, Rio de Janeiro, 2011;

MARCHELLO, Francesco; PERRINI, Marinella; SERAFINI, Susy. *Diritto dell'ambiente*, VI edizione. Napoli: Gruppo Editoriale Esselibri. 2004;

MARTIN MATEO, Ramon. *Manual de Derecho Ambiental*. 3ª ed. Navarra: Editorial Aranzadi. 2003;

\_\_\_\_\_. *Tratado de Derecho Ambiental*. Vol. 1. Madrid : Trivium, 1992-0000;

MAZUR, Maurício. A Cultura de Direitos Humanos no Tratamento do Direito à Habitação na África do Sul. In *Os Direitos Humanos em África*, coordenação José Melo Alexandrino, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011;

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Legitimação da posse dos imóveis urbanos e o direito à moradia*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008;

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle de constitucionalidade no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996;

MICHELMAN, Frank I. Foreword: On protectiong the poor through the fourteenth amendment. In: Havard law review Havard law review Havard law review, v. 83, n. 1, p. 7-59, nov. 1969;

MICHELMAN, Frank I. Welfare rights in a constitucional democracy. In: Law quartely, v. 1979, n. 3, p. 659-693;

MILARÉ, Édís, Princípios Fundamentais do Direito do Ambiente. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31982-37487-1-PB.pdf>. Acesso em 14/11/2017;

\_\_\_\_\_. Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007;

MIRANDA, Jorge. A Constituição e o Direito do Ambiente. In Direito do ambiente: Comunicações apresentadas no Curso realizado no Instituto Nacional de Administração (17 a 28 de Maio de 1993) / coordenação de Diogo Freitas do Amaral, Marta Tavares de Almeida. Lisboa : INA, 1994;

\_\_\_\_\_. Manual de Direito Constitucional, vol. II, 1ª Ed, Coimbra,2014;

\_\_\_\_\_. O Princípio da Eficácia Jurídica dos Direitos Fundamentais. In Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Paulo de Pita e Cunha, Vol. III, Coimbra, 2010;

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2ª edição, Coimbra, 2010;

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. tomo X. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2001;

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios fundamentais do direito ambiental. Revista de Direito Ambiental, nº 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril a junho de 1996;

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 13ª Ed., São Paulo, Atlas, 2003;

MORAES, José Diniz de. A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988. São Paulo. Malheiros, 1999;

MUKAI, Toshio. Direito ambiental sistematizado. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1998;

MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. Traduzido por Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese. 1999;

NELSON, Arthur C.; WACHTER, Susan M. *Growth Management and Affordable Housing Policy. In Journal of Affordable Housing*, Volume 12, Number 2, 2003;

NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010;

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático. Coimbra Editora, Coimbra, 2012;

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006;

\_\_\_\_\_. Direitos Sociais- Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Livraria Almedina, 2017;

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. São Paulo: Editora Método, 3ª ed., 2009;

OCDE - Organisation For Economic Co-Operation And Development. Guidelines for Aid Agencies on Involuntary Displacement and Resettlement in Development Projects. Paris, 1991.

Disponível

em



[http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/76537FAADCB94DC9C1256E35005454FC-OECD\\_Development\\_and\\_Displacement\\_1991.pdf](http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/76537FAADCB94DC9C1256E35005454FC-OECD_Development_and_Displacement_1991.pdf). Acesso em 12/05/2018;

ONU - HABITAT - *United Nations Human Settlements Programme. Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR). Housing Rights Legislation Review of International and National Legal Instruments. United Nations Housing Rights Programme. Report No. 1. Series of publications in support of the Global Campaign for Secure Tenure, N° 05. Nairobi, 2002. Disponível em <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HousingRightsen.pdf>. Consultado em 12/05/2018;*

OTERO, Paulo. Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana. In: Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. Org. António Menezes Cordeiro, Pedro Pais de Vasconcelos, e Paula Costa e Silva. Coimbra: Almedina, 2008. 1º v., p. 107/138;

\_\_\_\_\_. Pessoa humana e Constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional. In: Pessoa humana e direito. Coordenadores: Diogo Leite de Campos, Silmara Juny de Abreu Chinellato. Coimbra: Almedina, 2007, p.p. 349/379;

OTTO, Samira. Real Estate Policy in Brazil and Some Comparisons with the United States. California: Stanford (CID). 2015;

PAGANI, Elaine Adelina. O direito de propriedade e o direito à moradia: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia. EDIPUCRS, Porto Alegre, 2009;

PANSIERI, Flávio. Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais. 1ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2012;

PERALES, Carlos de Miguel. Derecho Español del medio ambiente. 2ª ed. Madrid: Civitas. 2002;

PEREIRA, Aparecida Veloso e BARBOSA, Fernando Cordeiro. Aspectos jurídicos relativos às desocupações de moradias em áreas de risco em decorrência de desastres. In Revista Direito, Estado e Sociedade, nº 41, jul/dez 2012, pp. 30/51;

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil. Vol. 4: direitos reais. 18 ed. Atualizada por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Forense, Rio de Janeiro, 2004;

PIMENTA, Pedro Pereira. Função Ambiental da Propriedade: Um Olhar a Partir do Art. 225, da Constituição Federal de 1988. RIDB - Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ano 3 (2014), nº 8. p. 5905 a 5981. Disponível em [http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/08/2014\\_08\\_05905\\_05981.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/08/2014_08_05905_05981.pdf) ;

PISARELLO, Geraldo. Vivienda para todos: un derecho em (de)construcción. El derecho a uma vivienda digna y adecuada como derecho exigibile. 1ª ed., Barcelona. 2003;

PULIDO, Carlos Bernal. *La racionalidad de la ponderación*. In Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales. Coord. Jorge Luis Fabra Zamora e Leonardo García Jaramillo. México: Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, p.p.409/431;

RANGEL, Helano, VIEIRA, Márcio e SILVA, Jacilene Vieira Da. O Direito Fundamental à Moradia como Mínimo Existencial e a sua Efetivação à Luz do Estatuto da Cidade. In Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.6, nº 12, Julho - Dezembro de 2009, pp.57-78;

RANGEL, Paulo Castro. Concertação, programação e direito do ambiente. Coimbra, 1994;

RAUPP, Daniel. Moradia *versus* meio ambiente: colisão de direitos fundamentais. In: Paulo Afonso Brum Vaz; Ricardo Teixeira do Valle Pereira. (Org.). Curso Modular de Direito Administrativo. 1ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p.p. 547/572;

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 18ª ed. São Paulo: Saraiva. 1991;

\_\_\_\_\_. Variações Sobre Ética e Moral. In: Variações 2. Academia Brasileira de Letras, 2003;

REIS, João Emilio de Assis. O direito ao ambiente e o direito à moradia: colisão e ponderação de direitos fundamentais. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.10, nº 20, Julho/Dezembro de 2013, p.p.289/314;

RIECHMANN, Jorge. Desarrollo Sostenible: La Lucha Por La Interpretacion. In: *Ecologia y Economia*. Madrid: Fundación Primeiro de Mayo, Trotta. 1995;

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Ambiental: Parte Geral*. 2. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005;

ROMANELLI, Luiz Cláudio. *Direito à moradia à luz da gestão democrática*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2009;

ROMERO, Sean. *Mass Forced Evictions and the Human Right to Adequate Housing in Zimbabwe. Northwestern Journal of International Human Rights. Northwestern University School of Law:2007*. Vol 5:2. p.p. 275/297.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. *Princípios de Direito Ambiental na Dimensão Internacional e Comparada*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey. 2003;

SANTIAGO, alex Fernandes. ¿Colisión entre derechos fundamentales?: El derecho a la vivienda y el derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado. *Ocupación de áreas protegidas*. Org. Néstor A. Cafferatta. *Summa ambiental. Doctrina - Legislación – Jurisprudencia*, v. 2, 1ªed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011, p.p. 656-674;

SANTOS, Fábio Gomes dos. *Participação na Administração como Direito Fundamental*. *Revista Digital De Direito Administrativo da Universidade de São Paulo*, v. 1, n. 2, 2014;

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina do TRF da 4ª Região*, Porto Alegre, 2008;

SARLET, Ingo Wolfgang; FENTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013;

SARLET, Ingo Wolfgang; FENTERSEIFER, Tiago. *Princípios de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva. 2014;

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998;

\_\_\_\_\_. Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito à moradia como direito de defesa. In *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil/ Rio de Janeiro OAB/RJ* – n. 1, v. 24. Rio de Janeiro, 2008, pp. 143-184;

\_\_\_\_\_. Breves Notas Sobre O Regime Jurídico – Constitucional Dos Direitos Sociais Na Condição De Direitos Fundamentais, Com Ênfase Na “Aplicabilidade Imediata” Das Normas De Direitos Fundamentais E Na Sua Articulação Com O Assim Chamado Mínimo Existencial, in *Estudos em Homenagem ao prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, volume III, Coimbra, 2012, pp. 881/914;

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006;

\_\_\_\_\_. O Direito Fundamental à Moradia aos Vinte Anos da Constituição Federal de 1988: Nota a Respeito da Evolução em Matéria Jurisprudencial, com Destaque para a Atuação do Supremo Tribunal Federal. In *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 2, n. 8, Belo Horizonte, out./dez. 2008, p. 55/92;

\_\_\_\_\_. O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*. Belo Horizonte, ano 1, n. 2, jul. / set. 2003, pp. 65-119;

\_\_\_\_\_. O Estado Social de Direito, a Proibição do Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade, in *LOGOS – Revista de divulgação científica*, ano 12, nº 2, Cachoeira do Sul, 2000, pp. 21 a 36;

SARMENTO, Daniel. A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação. In Revista de Direito do Estado. Ano 2, nº 7, jul - set 2007, pp. 345/360;

\_\_\_\_\_. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1ª ed. 3ª Tiragem. 2003;

SAULE JÚNIOR, Nelson. A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor (SAFE), 2004;

SAULE JÚNIOR, Nelson; PINHO, Evangelina. Implantação de serviço de abastecimento de água e coleta de esgoto em loteamento situado em área de proteção de mananciais. In Direito à cidade. Trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis. Coord. Nelson Saule Júnior. São Paulo: Max Limonad, 1999, p.p. 263/319;

SCHEID, Cintia Maria. Concessão especial de uso para fins de moradia: a interface entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente sustentável em áreas de preservação permanente. Revista de Direito Imobiliário, n. 64, ano 31, jan./jun. 2008;

Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República – SDH/PR, DIREITO À MORADIA ADEQUADA, Brasília, 2013, disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002254/225430POR.pdf>;

SGARBOSSA, Luís Fernando. Crítica à teoria dos custos dos direitos. Volume 1 – Reserva do Possível. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2010;

\_\_\_\_\_. Do estado-providência ao mercado-providência: Direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal. Dissertação de mestrado disponível em <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/18011/DISSERTACAO%20SGARBOSSA.pdf?sequence=1>;

SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual da Constituição. São Paulo: Malheiros, 9ª ed. 2014;

- \_\_\_\_\_. Direito Ambiental Constitucional. São Paulo: Malheiros, 9ª ed. 2011;
- SILVA, Larissa Gabrielle Braga e. Revista Thesis Juris – RTJ, e ISSN 2317-3580, São Paulo, V. 5, N.1, Jan.-Abr. 2016, pp. 75/96;
- SILVA, Vasco Pereira da. Verde cor de direito. Lições de direito do ambiente. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2005, p. 91;
- SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros Editores, 2009;
- \_\_\_\_\_. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais 798, 2002. p.p. 29/30;
- TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito Civil: direito das coisas. São Paulo: Método, 2009. v. 4;
- TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In Temas de direito civil. 3ª ed. Atualizada. Renovar. Rio de Janeiro. 2004;
- THIELE, Bret. The Human Right to Adequate Housing: A Tool for Promoting and Protecting Individual and Community Health, in American Journal of Public Health, 2002, Vol 92, nº. 5, pp. 712 – 715;
- TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In Teoria dos direitos fundamentais. 2ª edição. Organizador: Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Editora RENOVAR, p.p. 243/342;
- VIANA, Rui Geraldo Camargo. O Direito à Moradia. In Revista de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Vol 95. São Paulo. 2000. pp. 543 e seguintes;
- YOUNG, Katharine G.. In The Minimum Core of Economic and Social Rights. The Yale journal of international law, Vol. 33. 2008, pp. 113/175;
- ZSÖGÖN, Silvia Jaquenod de. El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores. Madrid: Dykinson, 3ª ed. 1991;

## JULGADOS

### TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS

GUERRA AND OTHERS v. ITALY, disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["ENG"\],"appno":\["14967/89"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"itemid":\["001-58135"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{);

Paulic v. Croatia, disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"appno":\["3572/06"\],"itemid":\["001-95327"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{);

Bjedov v. Croatia §57, disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":\["908714"\],"itemid":\["001-110953"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{);

McCann v. the United Kingdom, julgado em 13/05/2008, disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":\["695820"\],"itemid":\["001-57943"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{);

Fabris v. France, julgado em 07/02/2013 e disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-116716>;

Lopez Ostra vs. Espanha. Disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"%22docname%22":\["%22lopez%20ostra%22"\],"%22documentcollectionid%22":\["%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22"\],"%22itemid%22":\["%22001-57905%22"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{);

### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - BRASIL

ADI 1407 MC / DF. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347037>;

ADI 1856/RJ. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>.

ADI 1946 MC. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347341>;

ADI 2213MC/DF. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282213%2ENUME%2E+OU+2213%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hba6fsk>

ADI 223/DF. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346264>.

ADI 3378/DF. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283378%2ENUME%2E+OU+3378%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zfz6sg6>.

ADI 815/DF. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28815%2ENUME%2E+OU+815%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zywy54e>;

HC 73662/MG. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663>;

MS 22164. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2822164%2ENUME%2E+OU+22164%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hzaonwf>, acesso em 06/11/2017.

MS 22164/SP disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>

RE 160486/SP. disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213448>;

RE 627189/SP. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28627189%2ENUME%2E+OU+627189%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/jz5ke9m>.

RE 640452 RG / RO. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1609847>;

RMS 34004 ED-AgR/DF. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14193902>;

Petição 3388. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HABITA%C7%C3O+E+AMBIENTE%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yc725ydr>;



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - BRASIL

REsp 1307026/BA. Disponível em  
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1307026&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>;

REsp 292846/SP. Disponível em  
[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=292846&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=292846&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true);

REsp 124714/SP. Disponível em  
[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=199700199878&dt\\_publicacao=25/09/2000](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199700199878&dt_publicacao=25/09/2000);

REsp 650728/SC disponível em  
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=650728&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>

REsp 1237071/PR disponível em  
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1237071&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>

REsp 1357263/PR disponível em  
[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201202574022&dt\\_publicacao=17/11/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202574022&dt_publicacao=17/11/2016)

REsp 1060753/SP. Disponível em  
[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6766464&num\\_registro=200801130826&data=20091214&tipo=5&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6766464&num_registro=200801130826&data=20091214&tipo=5&formato=HTML).

REsp 213422/BA. Disponível em  
[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199900406974&dt\\_publicacao=27-09-1999&cod\\_tipo\\_documento=](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199900406974&dt_publicacao=27-09-1999&cod_tipo_documento=).

REsp 270730/RJ. Disponível em  
[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200000783994&dt\\_publicacao=07/05/2001](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200000783994&dt_publicacao=07/05/2001);

REsp 1240915. Disponível em  
<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=moradia+e+colis%E3o+e+ambiente&processo=1240915.NUM.&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>;

REsp 808708. Disponível em  
[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200600060728&dt\\_publicacao=04/05/2011;](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600060728&dt_publicacao=04/05/2011;)

REsp 403190/SP. Disponível em  
[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200101251250&dt\\_publicacao=14/08/2006;](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200101251250&dt_publicacao=14/08/2006;)

REsp 1249683/CE. Disponível em  
[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=16465175&num\\_registro=201100889721&data=20110803&tipo=5&formato=HTML;](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=16465175&num_registro=201100889721&data=20110803&tipo=5&formato=HTML;)

REsp 1013153 Disponível em  
[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4356774&num\\_registro=200702914181&data=20100630&tipo=5&formato=HTML;](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4356774&num_registro=200702914181&data=20100630&tipo=5&formato=HTML;)

AgRg na MC 12594/RJ. Disponível em  
[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200700548089&dt\\_publicacao=18/06/2007;](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700548089&dt_publicacao=18/06/2007;)

HC 124820/DF. Disponível em  
[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200802847363&dt\\_publicacao=22/08/2011;](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802847363&dt_publicacao=22/08/2011;)

## **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - BRASIL**

Processo nº: 0115786-70.2012.8.19.0001. Disponível em  
<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/popdespacho.jsp?tipoato=Descr%E7%E3o&numMov=29&descMov=Decis%E3o;>

Processo nº 0013864-83.2012.8.19.0001. Disponível em  
[http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2012.001.008561-7&acessoIP=internet&tipoUsuario=;](http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2012.001.008561-7&acessoIP=internet&tipoUsuario=)

Embargos infringentes nº 0011236-18.1998.8.19.0000. Disponível em  
<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=117549&PageSeq=0;>

Mandado de Segurança nº 2002.004.01892. Disponível em  
<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00032364C45FFC96AD6F68D4EFF7062AAB6E5D24C317233C;>

Apelação nº 2005.001.03660. Disponível em  
<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000316CFB1515E86E05BB2871EA124C22B7C0A37C323244A;>

## **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - BRASIL**

Apelação cível nº: 0004414-75.2011.8.26.0642. Disponível em  
[https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=7128411&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_bae338c1d26845119e8a37a8dbd898d2&vlCaptcha=ueS&noVoVlCaptcha=;](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=7128411&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_bae338c1d26845119e8a37a8dbd898d2&vlCaptcha=ueS&noVoVlCaptcha=)

Apelação Cível nº 0357951-64.2009.8.26.0000. Câmara Especial de Meio Ambiente. Disponível em  
[https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=4422254&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_22e48322a7d748899158b06c03ed9d10&vlCaptcha=FmVV&novoVlCaptcha=;](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=4422254&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_22e48322a7d748899158b06c03ed9d10&vlCaptcha=FmVV&novoVlCaptcha=)

Apelação Cível nº 0000957-69.2010.8.26.0642. Disponível em  
[https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=5267612&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_4d608c5f0f43464baec9b125f3e69821&vlCaptcha=YSF&novoVlCaptcha=;](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=5267612&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_4d608c5f0f43464baec9b125f3e69821&vlCaptcha=YSF&novoVlCaptcha=)

Apelação Cível nº 0011109-09.2002.8.26.0562. Disponível em  
<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5224812&cdForo=0;>

## **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA - BRASIL**

Apelação Cível nº 2009.010272-7. Disponível em  
[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=2008.071720-2&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAAAAAOKfPAAB&categoria=acordao;](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=2008.071720-2&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAAAAAOKfPAAB&categoria=acordao;)

Apelação Cível n. 2010.029244-6. Disponível em  
[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQABAAG/FVAAG&categoria=acordao;](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQABAAG/FVAAG&categoria=acordao;)

Apelação Cível nº 2011.050607-0. Disponível em [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAAqQKAAC&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAAqQKAAC&categoria=acordao;);

Agravo de Instrumento n. 2009.072634-5. Disponível em [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=isonomia,%20princ%EDpio%20de%20igualdade%20perante%20a%20lei,%20n%E3o%20%E9%20aplic%E1vel%20%E0%20ilicitude&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAG/FxAAA&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=isonomia,%20princ%EDpio%20de%20igualdade%20perante%20a%20lei,%20n%E3o%20%E9%20aplic%E1vel%20%E0%20ilicitude&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAG/FxAAA&categoria=acordao);

## **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - BRASIL**

Agravo de Instrumento nº 70008228561. Disponível em [http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\* &aba=juris&entsp=a\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&partialfields=n%3A70008228561&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70008228561&as_q=+#main_res_juris);

## **TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – 3ª REGIÃO - BRASIL**

Agravo de Instrumento nº 1999.03.00.010037-1. Disponível em <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento?processo=199903000100371> ;

## **TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – 4ª REGIÃO - BRASIL**

Agravo de Instrumento n. 0006843-46.2011.404.0000/RS. Disponível em <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF402178644>;

Apelação Cível 2005.0401020586-8. Disponível em: [http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&documento=2976263](http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=2976263);

Apelação Cível nº 5004049-71.2011.404.7208/SC. Disponível em [https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&documento=5442096](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5442096);

Apelação Cível nº 0001715-20.2004.404.7201/SC. Disponível em [https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&documento=3960919](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=3960919);

Apelação Cível 0004307-40.2004.404.7200. Disponível em  
[https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&documento=3713020;](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=3713020;)

## TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – 5ª REGIÃO - BRASIL

Agravo de Instrumento - AG108674/SE. Disponível em  
<https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1;>

Apelação e remessa oficial nº: 200082000094430. Disponível em:  
[http://www.trf5.gov.br/archive/2012/04/200082000094430\\_20120402\\_4133909.pdf;](http://www.trf5.gov.br/archive/2012/04/200082000094430_20120402_4133909.pdf)

Apelação cível nº 415514/PB. Disponível em  
<https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1;>

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL

Acórdão 322/2000. Disponível em  
<http://w3.tribunalconstitucional.pt/acordaosV22/PesquisaAcordao.mvc/Details/322;>

Acórdão 617/2006. Disponível em  
[http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060617.html;](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060617.html)

Acórdão 200/2001. Disponível em  
[http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20010200.html;](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20010200.html)

Acórdão 108/1999. Disponível em  
[http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990108.html;](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990108.html)

Acórdão 200/2001. Disponível em  
[http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20010200.html;](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20010200.html)

Acórdão 157/2008. Disponível em  
[http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080157.html;](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080157.html)

Acórdão 420/2000. Disponível em  
[http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000420.html;](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000420.html)

## SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE PORTUGAL

Processo 024606/1989. Disponível em  
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/2d5fbbde50d700b9802568fc00376741?OpenDocument&Highlight=0,calhau,e,ferreira;>

## TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO SUL DE PORTUGAL

Processo nº 09712/13. Disponível em  
<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/b6fa3288a3ca33a080257b3c003a4819?OpenDocument&Highlight=0,direito,do,ambiente,intima%C3%A7%C3%A3o,para,a,protec%C3%A7%C3%A3o,de,direitos,liberdades,e,garantias;>

## SUPREMA CORTE AMERICANA

*Duke Power co. v. Carolina Env. Study Group*, 438 US 59 (1978). Disponível em <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/438/59.html>.

*Lochner v. New York*. Disponível em <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/198/45.html>;

*Barenblatt* vs. *USA*. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/360/109/case.html>;

## CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA

Sentença 210/87. Disponível em <http://www.giurcost.org/decisioni/1987/0210s-87.html>. Acesso em 09/10/17.

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPANHOL

Sentença 64/1982. Disponível em <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/106>.

## CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS

decisão nº 94359, de 19.01.95. Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1995/94-359-dc/decision-n-94-359-dc-du-19-janvier-1995.10618.html>.

## CONSELHO DE ESTADO FRANCÊS

Caso Commune de Morsang-sur-Orge, de 27 out. 1995 Disponível em: <http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/ViewRoot.asp?View=Html&DMode=Html&PushDirectUrl=1&Item=3&fond=DCE&text=Morsang%2Dsur%2DOrge&Page=1&querytype=simple&NbEltPerPage=5&Pluriels=True>.

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION - ARGENTINA

Acórdão 318:514. Disponível em <http://www.derechosydemocracia.com.ar/2014/05/1-girol-di-horacio-fallos-318514-corte.html>. Acesso em 13/08/2017.

## CORTE CONSTITUCIONAL DA ÁFRICA DO SUL

Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others. Julgado em 04/10/2000. Disponível em <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>;